Der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes

nach deutschem, österreichischem und schweizerischem internationalen Privatrecht.

Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen
— Rechtswissenschaftliche Abteilung —

vorgelegt von

Erich Wagner, Assessor
aus Aschersleben.

1937
Buch- und Kunstdruckerei J. C. Schmidt, Helmstedt
ehem. Universitätsbuchdruckerei, gegründet 1579

Der Unterhaltsanſpruch des unehelichen Kindes

nach deutſchem, öſterreichiſchem und ſchweizeriſchem internationalen Privatrecht.

Inaugural-Diſſertation zur Erlangung der juriſtiſchen Doktorwürde der Hohen Rechts- und Wirtſchaftswiſſenſchaftlichen Fakultät der Eberhard-Karls-Univerſität zu Tübingen
— Rechtswiſſenſchaftliche Abteilung —

vorgelegt von

Erich Wagner, Aſſeſſor
aus Aſchersleben.

1937
Buch- und Kunſtdruckerei J. C. Schmidt, Helmſtedt
ehem. Univerſitätsbuchdruckerei, gegründet 1579

Zum Druck genehmigt
von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
Tübingen,
Rechtswissenschaftliche Abteilung.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dekan: Prof. Dr. Kreller
Referent: Prof. Dr. Eißer

Tag der mündlichen Prüfung: 28. Januar 1937.

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549621_0028

Inhaltsverzeichnis:

Seite

Einleitung 9

I. Teil: Das materielle Recht der drei Staaten:

A. Das Recht des deutschen BGB. 11
B. Das Recht des österreichischen ABGB. 14
C. Das Recht des schweizerischen ZGB. 16

II. Teil: Das internationale Privatrecht der drei Staaten:

A. Deutschland 21
B. Österreich 30
C. Die Schweiz 41

III. Teil: Darstellung der Kollisionsfälle:

I. Das uneheliche Kind einer deutschen Staatsangehörigen klagt vor einem A. deutschen, B. österreichischen, C. schweizerischen Gericht gegen 1. einen Deutschen, 2. einen Österreicher und 3. einen Schweizer 55—59

II. Das uneheliche Kind einer österreichischen Staatsangehörigen klagt vor einem A. deutschen, B. österreichischen, C. schweizerischen Gericht gegen 1. einen Deutschen, 2. einen Österreicher und 3. einen Schweizer . . . . . 59—63

III. Das uneheliche Kind einer schweizerischen Staatsangehörigen klagt vor einem A. deutschen, B. österreichischen, C. schweizerischen Gericht gegen 1. einen Deutschen, 2. einen Österreicher und 3. einen Schweizer . . . . . 63—68

IV. Teil: Anerkennung und Vollstreckung fremder Alimentationsurteile 69

1. „Vertrag über Rechtsschutz und Rechtshilfe zwischen dem Deutschen Reiche und der Republik Österreich." . . . 70
2. „Abkommen zwischen dem Deutschen Reich und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen." 75
3. „Vertrag zwischen der Schweiz und Österreich über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen." 77

Quellennachweis:

v. Bar: Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts. Band 1, 2. Aufl. 1889.

Clunet: Journal du droit international.

Beck: Gmür, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Bd. 5. Schlußtitel II. Abschnitt 1932.

Egger: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. II. Band: Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches. Zürich 1914.

Ehrenzweig: System des Österreichischen allgemeinen Privatrechts. 6. Aufl. 1925.

Frank: National-Sozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung.

Frank: Deutsches Recht.

Frankenstein: Internationales Privatrecht (Grenzrecht). Band 4, 1935.

Fleiner: Schweizerisches Bundesrecht. 1923.

Giesker-Zeller: Der ordre public international in der Schweiz. In der Schw. ZZ. Bd. 14, S. 133, 153, 171.

Gutzwiller: Grundriß des internationalen Privatrechts in Stammlers „Das gesamte deutsche Recht." Band I, 1931, S. 1515 ff.

Habicht: Das internationale Privatrecht nach dem Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1907.

Kahn: „Die Lehre vom ordre public" in Jh. Jahrb. Bd. 39, S. 1 ff.

Kahn: Abhandlungen zum internationalen Privatrecht. 1928, Bd. 1, S. 61 ff.

Kaiser: „Die Vaterschaftsklage. Aus der Rechtsprechung zu Art. 302 bis 307 ZGB." In der Schw. ZZ. Bd. 12 S. 301.

Kaufmann: „Die Neuerungen im internationalen Privatrecht der Schweiz." in NZ. Band 22 S. 447 ff.

Klang: Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Bd., 1. Halbband. 1933.

Lewald: Das deutsche internationale Privatrecht auf der Grundlage der Rechtsprechung. 1931.

Neubecker: „Internationales Privatrecht auf deutschrechtlicher Grundlage" im Jahrbuch für den internationalen Rechtsverkehr. 1912 S. 8 ff.

Neumann: Internationales Privatrecht. 1896.

Nußbaum: Deutsches internationales Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Rechts. Tübingen 1932.

Planck:	Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. VI. Band, 3. Aufl. 1905.
Raape:	v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. VI. Bd., Einführungsgesetz, II. Teil, 9. Aufl. 1931.
Rabel:	Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht. 1926 ff. und deren Sonderhefte „Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts."
RG.-Kommentar:	Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. IV. Band. Familienrecht, 8. Aufl. 1935.
Schlegelberger:	Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- u. Auslandes. IV. Bd. 1933.
Silbernagel:	Gmür, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. II. Bd. Familienrecht, II. Abteilg., 2. Aufl. 1927.
Silbernagel:	„Vollstreckung von Alimentenurteilen im Ausland" in Schw. JZ. Band 22 S. 39, 336.
v. Staudingers	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. IV. Band Familienrecht, 2. Teil, 9. Aufl. 1926.
Stauffer:	Das internationale Privatrecht der Schweiz auf Grund des NAG. 1925.
Stauffer:	Die Verträge der Schweiz mit Österreich und mit der Tschechoslowakei über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen. 1930.
Tomforde:	Das Recht des unehelichen Kindes und seiner Mutter im In- und Ausland. 4. umgearbeitete Aufl. 1935.
Tuor:	Das schweizerische Zivilgesetzbuch. 3. verb. Aufl. 1934.
Walker:	Internationales Privatrecht. 5. Aufl. 1934.
Wolff:	Internationales Privatrecht. 1933.
Zitelmann:	Internationales Privatrecht. Bd. I. 1897, Bd. II. 1912.

Entscheidungssammlungen:

Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichts (Schweiz).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Sammlung der Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen. Veröffentlicht von seinen Mitgliedern.
Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes. Begonnen von Glaser-Unger.

Weitere Entscheidungen sind entnommen aus:

Juristische Wochenschrift, Schweizer Juristen-Zeitung, Seufferts Archiv, Semaine judiciaire, Journal des Tribunaux, Genève, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.

Abkürzungsverzeichnis:

ABGB. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich).

BGB. Bürgerliches Gesetzbuch.

BGE. Amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen (Schweiz).

Blf. IPR. Blätter für internationales Privatrecht (Beilage zur Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht).

Clunet Journal du droit international, fondé par E. Clunet.

EGBGB. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

GlU. Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes. Begonnen von Glaser-Unger.

Handwörterbuch — Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes. Bd. 4.

Jh. Jahrb. Iherings Jahrbücher.

IPR. Internationales Privatrecht.

Jur. Bl. Juristische Blätter.

JW. Juristische Wochenschrift.

KG. Bl. Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.

NAG. Bundesgesetz betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891 (Schweiz).

NZ. Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht.

OGH. Oberstes Gerichtshof (Wien, Brünn).

RGEZ. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

RGBl. Reichsgesetzblatt.

RG.-Kom. Reichsgerichtsrätekommentar.

Schl.T. Schlußtitel zum ZGB.

Schw.JZ. Schweizer Juristen-Zeitung.

Seuff. Archiv — Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Sonderheft — Sonderheft „Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts", der Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht.

SZ. Sammlung der Entscheidungen des österr. Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen. Veröffentlicht von seinen Mitgliedern.

ZGB. Schweizerisches Zivilgesetzbuch.

Einleitung.

Neben den Regelfällen, die Gegenstand richterlicher Prüfung und Entscheidung sind und die einen Rechtsstreit inländischer Beteiligter über einen dem Inland angehörenden Sachverhalt zum Gegenstand haben, gibt es andere Fälle, die in verschiedener Weise mit dem Ausland verknüpft sein können, sei es, daß eine oder beide Parteien Ausländer sind oder daß der Sachverhalt in seiner Entstehung oder Erfüllung ins Ausland weist. Während der inländische Richter in den Regelfällen fraglos inländisches Recht anwendet, würde eine vom Gesetzgeber vorgeschriebene generelle Anwendung inländischen Rechts im letzteren Falle gegen die comitas gentium verstoßen. Sämtliche kultivierten Staaten haben denn auch im Interesse einer freundnachbarlichen Regelung und Herbeiführung der Rechtssicherheit im internationalen Rechtsverkehr Bestimmungen geschaffen, die den inländischen Richter anweisen, wie er sich bei Fällen internationaler Verknüpfung zu verhalten und welches Recht er anzuwenden hat.

Die Bestimmungen werden zusammenfassend mit „Internationales Privatrecht" oder „Kollisionsrecht" bezeichnet. Es enthält nationales Recht, das sich an den inländischen Richter wendet.[1] Es entscheidet lediglich die Vorfrage, welches Recht bei der Beurteilung des Sachverhalts angewendet werden soll. Dabei ist das Ziel der internationalen Privatrechte eine Gesetzesharmonie aller Kollisionsnormen mit dem Ergebnis, daß derselbe Sachverhalt unabhängig davon, vor welches Gericht er gebracht wird, nach demselben Recht beurteilt wird.

Es liegt in der Natur dieses Kollisionsrechtes, daß es nur Rahmen sein kann und erst Leben und Bedeutung durch die Verschiedenheit der materiellen Rechtsordnungen erhält. Es steht daher nicht allein, sondern muß im Zusammenhang mit dem materiellen Recht betrachtet werden. Der Darstellung des internationalen Privatrechts der drei Länder muß verständnishalber die Darstellung ihres materiellen Rechts bezüglich des Unterhaltsanspruchs des unehelichen Kindes vorangehen.

Ich werde mich bei der Darstellung des materiellen Rechts, die im Rahmen dieser Arbeit nur unterrichtenden Charakter haben kann, auf das Notwendigste beschränken. Es liegt mir daran, in rechtsvergleichender Darstellung die Verschiedenheiten im materiellen Recht der

[1] So Nußbaum § 2 I, Wolff § 2 I.

drei Staaten aufzuzeigen, ohne auf Streitigkeiten mehr als nötig einzugehen. Die Darstellung soll in der Weise erfolgen, daß zunächst das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches in seinen Grundzügen geschildert wird, und dann die Abweichungen im österreichischen und schweizerischen Recht dargetan werden. Diese Darstellungsart rechtfertigt sich dadurch, daß alle drei Rechte grundsätzlich demselben Prinzip folgen und nur bei der Ausgestaltung im Einzelnen Verschiedenheiten aufweisen.

I. Teil:

Das materielle Recht der drei Staaten.[1]

A) Das Recht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches.

Das BGB. regelt die rechtliche Stellung des unehelichen Kindes in den §§ 1705—1718. Ohne den Begriff „uneheliches Kind" in diesem Abschnitt zu erklären, geht das Gesetz in den §§ 1705—1707 auf die Stellung des Kindes zur Mutter ein und behandelt dann in den §§ 1708 bis 1718 die Voraussetzungen und Folgen der Vaterschaft. Aus den ersteren Vorschriften ergibt sich als Hauptsatz, daß das uneheliche Kind im Verhältnis zu der Mutter und deren Verwandten die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes hat (§ 1705).

Ebenso wie gegenüber der Mutter entsteht das Rechtsverhältnis gegenüber dem unehelichen Vater mit der Geburt, d. h. automatisch ohne Vornahme besonderer Akte. Mit dieser Regelung folgt das deutsche Recht dem System des germanischen oder Abstammungsprinzips im Gegensatz zu den Rechtsordnungen, die dem Anerkennungssystem folgen, wo nicht die Geburt, sondern erst eine formelle Anerkennung Rechtsverhältnisse schafft.[2] Das Verhältnis zum Vater beschränkt sich im Gegensatz zu dem eben geschilderten Verhältnis zur Mutter auf Unterhaltsansprüche des Kindes gegenüber dem Vater, ohne daß ein verwandtschaftliches Band entsteht. Dies ergibt sich aus § 1589 Abs. 2 BGB.

Es ist allgemein anerkannt, daß der Rechtsgrund dieser Unterhaltspflicht nicht Delikt, sondern Verwandtschaft ist. Es handelt sich um eine familienrechtliche Verbindlichkeit, die den Grundsätzen des Rechts der Schuldverhältnisse unterliegt.[3]

Der Vater ist vor der Mutter und den mütterlichen Verwandten (§ 1709) verpflichtet, dem Kinde bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres den der Lebensstellung der Mutter entsprechenden Unterhalt zu gewähren und zwar umfaßt dieser den gesamten Lebensbedarf sowie die Kosten der Erziehung und der Vorbildung für einen Beruf (§ 1708 Abs. 1). Diese Verpflichtung geht über das 16. Lebensjahr des Kindes hinaus, falls das Kind infolge körperlicher oder geistiger Gebrechen außerstande

[1] Uebersicht bei Tomforde.
[2] Raape zu Art. 21 EG. Uebersicht unter A.
[3] Staudinger zu § 1708 Z. 2, RG.-Komm. 1708 Z. 2.

ist, sich selbst zu unterhalten (§ 1708 Abs. 2). Aus der Unbedingtheit des § 1708 ergibt sich, daß die Unterhaltspflicht des Vaters besteht ohne Rücksicht darauf, ob das Kind bedürftig ist oder nicht.[1]

Der Unterhalt ist durch 3 Monate voraus zahlbare Geldrenten gem. § 1710 zu leisten. Er kann nach § 1711 auch für die Vergangenheit verlangt und schon vor der Geburt für die ersten 3 Monate durch einstweilige Verfügung sicher gestellt werden (§ 1716). Der Unterhaltsanspruch erlischt zwar mit dem Tode des Kindes (§ 1713), aber nicht mit dem Tode des Vaters (§ 1712 Abs. 1). Jedoch wird der Erbe des Vaters durch § 1712 Abs. 2 berechtigt, das Kind mit dem Betrage abzufinden, der dem Kinde bei seiner Ehelichkeit als Pflichtteil gebühren würde. Eine Vereinbarung zwischen Vater und Kind über den zukünftigen Unterhalt oder eine Abfindung ist möglich, wird aber zu ihrer Wirksamkeit an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden (§ 1714 Abs. 1), ein unentgeltlicher Verzicht auf den Unterhalt für die Zukunft ist überhaupt für nichtig erklärt (§ 1714 Abs. 2).

Wie schon oben ausgeführt, entsteht das Rechtsverhältnis zwischen Vater und unehelichem Kind mit der Geburt. In recht vielen Fällen wird jedoch die Feststellung des Vaters im Wege der Vaterschaftsklage erfolgen müssen. Für diesen Fall stellt das Bürgerliche Gesetzbuch in § 1717 zur Erleichterung der Beweisführung durch das Kind die Vermutung auf, daß als Vater des unehelichen Kindes derjenige gilt, der der Mutter innerhalb der Empfängniszeit (§ 1717 Abs. 2) beigewohnt hat (§ 1717 Abs. 1 Satz 1). Diese Vermutung soll nicht gelten, wenn auch ein anderer Mann der Mutter innerhalb dieser Zeit beigewohnt hat (exceptio plurium concumbentium). Dieser als Einrede im Prozeß vom Beklagten vorzutragenden Behauptung, bei deren Durchgreifen niemand als zu Unterhaltsleistungen verpflichteter Vater gilt, kann mit der Gegeneinrede begegnet werden, daß die Beiwohnung mit dem zweiten Beischläfer außer Betracht bleiben müsse, weil es nach den Umständen offenbar unmöglich sei, daß das Kind aus dieser einredeweise geltend gemachten Beiwohnung stamme (§ 1717 Abs. 1 S. 2).

Es kann schon hier darauf hingewiesen werden, daß die Regelung dieser Frage in den einzelnen Rechtsordnungen im Laufe dieser Untersuchung stärkste Beachtung verdient. Sie ist, wie noch zu zeigen sein wird, nicht übereinstimmend getroffen worden und gerade die Frage, ob der Beklagte die exceptio plurium geltend machen kann oder nicht, ist von großer praktischer Bedeutung und gibt dem internationalen Privatrecht der einzelnen Länder seine Bedeutung.

Die Einrede der mehreren Beischläfer kann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der Beklagte seine Vaterschaft in einer öffentlichen Urkunde anerkannt hat (§ 1718), wobei bemerkt werden muß, daß die

[1] Staudinger zu § 1708 Z. 4, RG.-Komm. zu § 1708 Z. 2.
[2] Dazu Staudinger zu § 1718 Z. 1b und Z. 3.

Anerkennung im Sinne des § 1718 grundverschieden ist von der Anerkennung in den Rechten, die dem Anerkennungssystem folgen.[1]

Die Empfängniszeit wird durch § 1717 Abs. 2 vom 181. bis zum 302. Tage einschließlich vor dem Tage der Geburt des Kindes festgesetzt.[2]

Wenn in diesem Zusammenhange über den Wert der im BGB. getroffenen Regelung einige Worte gesagt werden dürfen, so muß darauf hingewiesen werden, daß die sich allein in der Festlegung der Unterhaltspflicht erschöpfende Regelung den Bedürfnissen des neuen deutschen Rechtsdenkens nicht genügen kann. Mehr als je verdient das durch die Abstammung begründete familienrechtliche Band zwischen Vater und Kind der Befestigung. Es ist unerträglich, in einer staatlichen Ordnung, die die Verankerung jeden Staatsbürgers in Familie und Geschlechterkette als Grundlage des Daseins betrachtet, die unehelichen Kinder im väterlichen Stamme als Außenseiter zu behandeln. Darin liegt eine Zurücksetzung der an ihrem Los unschuldigen Kinder, die der den Gleichberechtigungssinn betonenden nationalsozialistischen Weltanschauung unwürdig ist.[3]

Auch die Existenz der exceptio plurium ist gerade heute nicht mehr gerechtfertigt. Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch bei seiner Abfassung diese Einrede aufnahm, weil es dem unbedingten Wahrheitsgrundsatz huldigte und daher nur den zu Unterhaltungsleistungen anhalten wollte, der tatsächlich der Erzeuger des Kindes war, so kann dieser Grundsatz nicht aufrecht erhalten werden. Es erscheint durchaus möglich, die Frage der wirklichen Vaterschaft und der damit zu verbindenden familienrechtlichen Stellung des Kindes von der Frage der Unterhaltsleistung zu trennen, wie das z. B. im norwegischen Gesetz geschehen ist.[4] Von der exceptio plurium haben nur die mehreren Beischläfer profitiert. Es kann in diesem Falle zwar nicht mit Sicherheit festgestellt werden, wer der Erzeuger ist. Familienrechtliche Wirkungen können daher, da auf die Wahrheitspflicht nicht verzichtet werden kann, nicht entstehen. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb die mehreren Beischläfer deshalb frei ausgehen und das Kind bei finanzieller Leistungsunfähigkeit der zum Unterhalt verpflichteten Mutter und deren Verwandten dem Staat, d. h. der Allgemeinheit zur Last fallen soll. Es ist allerdings zuzugeben, daß eine Solidarhaftung der mehreren Beischläfer die Unterhaltsverpflichtung ihres familienrechtlichen Inhalts entkleiden und sie einer Haftung ex delicto sehr annähern würde.

---

[1] Dazu Staudinger zu § 1718 Z. 1b und Z. 3.

[2] Ueber den absoluten Charakter dieser Vorschrift: Staudinger zu § 1717 Z. 2c und S. 15 der Arbeit.

[3] So hat sich denn auch der Familienrechtsausschuß der „Akademie für deutsches Recht" besonders der Umgestaltung des Unehelichenrechts angenommen. Siehe Entwurf von Bechert/Cornelius im „Deutschen Recht" 1934 S. 422. Dazu die Aufsätze daselbst 1935 S. 97 ff., 1936 S. 475 ff., 478 ff., 481 ff., 486 ff. Eine bereits Gesetz gewordene Besserstellung des unehelichen Kindes findet sich in § 21 Abs. 5 Reichs-Erbhof-Gesetz, wonach auch der uneheliche Sohn als Anerbe berufungsfähig ist.

[4] Raape Vorbem. und zu Art. 21. A. II. 1.

Die formal-juristische Schwierigkeit in Bezug auf die Natur dieser Ansprüche müßte jedoch gegenüber einem dem Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" ensprechenden Ergebnis in Kauf genommen werden.[1]

B) Das Recht des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches.

Das österreichische materielle Recht des unehelichen Kindes findet sich in den §§ 163 bis 171 ABGB.

Ebenso wie das deutsche steht das österreichische Recht auf dem Boden des reinen Abstammungsprinzips. Auch das österreichische Recht erleichtert dem klageberechtigten Kinde den Beweis der Vaterschaft des Beklagten dadurch, daß es in § 163 die Vermutung aufstellt, daß derjenige, der der Mutter in der Empfängniszeit beigewohnt hat, Vater des unehelichen Kindes ist. Aber hier treten schon wichtige Unterschiede gegenüber der deutsch-rechtlichen Regelung auf: Als Empfängniszeit gilt in § 163 der 180. bis 300. Tag vor der Entbindung. Als Einreden gegenüber der Vermutung des § 163 sind zugelassen,[2] daß das Kind den Umständen nach unmöglich aus dieser Beiwohnung stammen könne und daß bereits ein anderer Mann — sei es durch freiwillige Anerkennung oder durch Urteil — als Vater festgestellt sei. Diese Einrede wird dem Grundsatz entnommen, daß nicht mehr als ein Mann Vater sein kann.

Dagegen ist der Nachweis des Mehrverkehrs in der Empfängniszeit nicht geeignet, die Vaterschaftsvermutung zu widerlegen.[3] Der Mehrverkehr bewirkt vielmehr nur, daß die Vaterschaftsvermutung auf mehrere Männer zutrifft. Für keinen bedeutet der Mehrverkehr den Beweis, daß das Kind nicht von ihm stamme. Es können daher auch mehrere als Vater verklagt werden. Jedoch befreit Verurteilung *eines* Mannes die anderen.[4] Das österreichische Recht hat also die exceptio plurium nicht aufgenommen.[5] Dies ist einer der wichtigsten Unterschiede im Unehelichenrecht beider Rechtsordnungen.

---

[1] Der vorerwähnte Entwurf von Bechert/Cornelius sieht in den auch hier gerügten Punkten wesentliche Aenderungen vor. Vergl. den Entwurf „Deutsches Recht" 1934 S. 422.
Ueber die Notwendigkeit einer Aenderung, wenn auch nicht so weit gehend wie der Entwurf neben vielen anderen, Siebert im „Nationalsoz. Handbuch" von Hans Franck 1935 S. 954/968.

[2] Klang zu § 163 Z. II C 6.

[3] Klang zu § 163 Z. II C 7.

[4] So Klang zu § 163 Z. II C 7, ebenso Ehrenzweig S. 241 ff.

[5] Siehe die bei Klang zu § 164 Z. II C 7 Anm. 64 zitierte herrschende Lehre und Anm. 67 zitierte Rechtsprechung.

Auch im österreichischen Recht erschöpfen sich die Pflichten des Vaters im wesentlichen in der Leistung von Unterhalt. § 166 bestimmt zwar weitergehend als das DBGB., daß das Kind gegenüber seinen Eltern einen Anspruch auf angemessene Erziehung haben soll, doch schränkt die Vorschrift des § 169 die Erziehungspflicht des Vaters dadurch wesentlich ein, daß der Vater erst dann zur Erziehung zugelassen und verpflichtet wird, wenn die Mutter das Kind nicht selbst erziehen will oder kann. Vorher ist er nur zur Bestreitung der Verpflegungskosten verpflichtet.

Der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes hat im österreichischen Recht im Gegensatz zum deutschen Recht die Voraussetzung, daß das Kind bedürftig ist. Eine solche Bedürftigkeit liegt nicht vor, wenn das Kind eigenes Vermögen besitzt oder von einem Dritten ohne Anspruch auf Ersatz unterhalten wird. In diesen in der Praxis gewiß seltenen Fällen ist die Stellung des österreichischen unehelichen Vaters besser als die des deutschen. Dagegen bedeutend schlechter, wenn — wie wohl meistens — das Kind mittellos ist. Denn das österreichische Recht kennt nicht die Beschränkung der Unterhaltspflicht auf ein bestimmtes Lebensalter des Kindes, sondern läßt diese erst mit dem Eintritt der tatsächlichen Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes enden. Fällt die Selbsterhaltungsfähigkeit ohne Verschulden des Kindes z. B. durch Arbeitslosigkeit wieder fort, so lebt auch die Unterhaltspflicht von neuem auf.[1]

Im Gegensatz zum deutschen Recht ist für das Maß des Unterhalts nicht der „Stand" der Eltern maßgebend, sondern das „Vermögen", d. h. ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (§ 166). Da nach § 166 Abs. 2 „vorzüglich" der Vater zur Verpflichtung verbunden ist, so ist dessen Vermögen ausschlaggebend.[2]

Ebenso wie im deutschen Recht geht nach § 171 die Unterhaltspflicht auf den Erben des Vaters über. Eine Abfindung durch den Erben ist vorgesehen.

Im übrigen stimmen die Vorschriften des ABGB. mit denen des deutschen BGB. inhaltlich überein.

---

[1] Klang zu § 166 Z. II 3, besonders Z. 10 Anm. 49.
Ehrenzweig S. 249 und die in Anm. 37 zitierten Entscheidungen. GZ. Bd. 9 Nr. 129.

[2] Aus den Ausführungen bei Klang zu § 166, II Z. 6 ergibt sich, daß die Praxis den Unterhalt nach dem Elternteil bemißt, der geringeren Standes ist.

C) Das Recht des schweizerischen Zivil-Gesetzbuches.

Nach Einführung des ZGB. gilt die in den Art. 302 bis 327 über das Unehelichenrecht getroffene Regelung für die gesamte Schweiz.[1]

Gegenüber dem Verhältnis von Mutter und Kind folgt auch die Schweiz dem reinen Abstammungsprinzip (Art. 302 Abs. 1). Dagegen bevorzugt die Schweiz, was das Verhältnis von Vater zum Kind anbetrifft, ein gemischtes Prinzip.[2] Nach Art. 302 Abs. 2 wird das Verhältnis zwischen Kind und Vater entweder durch freiwillige Anerkennung oder durch den Richter festgestellt. Die hier vorgesehene Anerkennung unterscheidet sich wesentlich von dem auch im deutschen und österreichischen Recht bestehenden und gleichbenannten Institut. Während in den beiden letztgenannten Rechten „Anerkennung" nur das in besonderer Form erklärte Zugeständnis der Vaterschaft bedeutet und nur prozessualen Wert hat, schafft die im Art. 302 vorgesehene „Anerkennung" ein gegen alle wirkendes Verhältnis: Die Anerkennung zieht Standesfolgen nach sich, denn das Kind erhält den Familiennamen und die Heimatangehörigkeit des Vaters und damit nach der väterlichen und mütterlichen Seite — abgesehen von einer Andersregelung bez. der elterlichen Gewalt und Einschränkungen im Erbrecht — die Stellung eines ehelichen Kindes (Art. 325).[3] Der Vater hat in diesem Falle für das Kind zu sorgen wie für ein eheliches (Art. 325 Abs. 2). Über die freiwillige Anerkennung bringen die Art. 303 bis 306 noch Einzelheiten, die hier nicht erwähnt zu werden brauchen.

Ebenso wie das deutsche und das österreichische Recht gewährt das schweizerische Recht die Vaterschaftsklage (Art. 307). Aber auch hier gibt die Schweiz eine weitergehende Möglichkeit als Deutschland und Oesterreich: Unter den in Art. 323 genannten Voraussetzungen eines Eheversprechens, eines Gewaltmißbrauchs oder einer verbrecherischen Beiwohnung kann die Mutter Zusprechung des Kindes mit Standesfolge verlangen (Art. 309). Die Stellung eines solchen mit Standesfolge zugesprochenen Kindes ist dieselbe wie die eines freiwillig anerkannten Kindes (Art. 325).

Erst wenn die Voraussetzungen des Art. 323 nicht vorliegen, haben wir in der durch Art. 307 i. V. mit 309 zugelassenen Vaterschaftsklage die den beiden vorgehend geschilderten Rechtsordnungen bekannte reine Unterhaltsleistungsklage, wobei Art. 307 die Möglichkeit der Klageerhebung (französischer Text!) und Art. 309 das Ziel der Klage, nämlich

---

[1] Dazu klar und übersichtlich neben den Kommentaren: Tuor, „Das schweiz. Zivilgesetzbuch" §§ 34, 35.
[2] Raape zu Art. 21 EG. unter II.
[3] Egger zu Art. 303 Z. 1, Gmür-Silbernagel zu Art. 302. IV, Z. 9, zu Art. 303, I Z. 2.

die Erlangung von Vermögensleistungen von dem unehelichen Vater abgibt.[1]

Die Ausgestaltung der Vaterschaftsklage im ZGB. stimmt grundsätzlich mit der in den Rechten der beiden anderen Staaten getroffenen Regelung überein:

So wird in Art. 314 die Vermutung aufgestellt, daß der Beklagte, der nachweisbar vom 181. bis zum 300. Tage vor der Geburt des Kindes der Mutter beigewohnt hat, als Vater anzusehen ist. Die Empfängniszeit ist damit anders als im deutschen und im österreichischen Recht bemessen. Während außerdem die Frist im deutschen und österreichischen Recht eine absolute ist, d. h. die Vermutung nur für eine Beiwohnung innerhalb der Empfängniszeit zutrifft, ist im schweizerischen Recht der Nachweis zugelassen, daß es sich um eine Früh- oder Spätgeburt handelt, daß also bei normaler Geburt die Beiwohnung innerhalb der Frist erfolgt wäre. Ist dieser Nachweis erbracht, so gilt auch hier die Vermutung des Art. 314.[2]

Diese Vermutung soll nach Art. 314 Abs. 2 fortfallen, wenn Tatsachen nachgewiesen werden, die erhebliche Zweifel über die Vaterschaft des Beklagten rechtfertigen. Das schweizerische Recht geht damit weiter als das deutsche und österreichische Recht. Nach den beiden letztgenannten Rechten wird zur Entkräftung der Vaterschaftsvermutung der Nachweis gefordert, daß es nach den Umständen offenbar unmöglich ist, daß das Kind aus der in Frage stehenden Beiwohnung stammt.[3] Dagegen läßt das schweizerische Recht diese die Vermutung entkräftende Wirkung auch nachgewiesenen Tatsachen zukommen, die erhebliche Zweifel an der Vaterschaft des Beklagten rechtfertigen.

Die wichtigste unter Art. 314 Abs. 2 fallende Einrede ist die, daß die Mutter in der Empfängniszeit auch mit anderen Männern geschlechtlich verkehrt habe. Die exceptio plurium ist mit der allgemeinen Fassung des Art. 314 zugelassen worden.[4]

Weit darüber hinausgehend bestimmte die Schweiz in Art. 315, daß die Klage abzuweisen ist, wenn die Mutter um die Zeit der Empfängnis einen unzüchtigen Lebenswandel geführt hat. Was darunter zu verstehen ist, ergibt sich, wie Silbernagel[5] zutreffend bemerkt, aus dem Zweck der Vorschrift. Art. 315 entspringt danach den gleichen Erwägungen, wie Art. 314 II, daß nämlich nur der alimentationspflichtig sein soll, der wirklich der Vater des Kindes ist, daß aber bei unzüchtigem Lebens-

---

[1] Silbernagel Bd. II, Abt 2 zu Art. 307 Z. 1, BGE. Bd. 39 (2), S. 501.
[2] Egger zu Art. 314 Z. 1 b, Silbernagel zu Art. 314 unter III. Dort auch die Rechtfertigung der im ZGB. getroffenen Regelung.
[3] Staudinger zu § 1717 Z. 2 c; Klang zu § 164, II Z. 6 b und die dort zit. Entsch.
[4] Silbernagel zu Art. 314, IV Z. 23 und V. Egger, zu Art. 314 Z. 3.
[5] Art. 315, Z. 12 ff. Tuor S. 229.

wandel der Mutter die Vaterschaft nicht mit genügender Sicherheit festzustellen ist. Daher genügen nicht einzelne unzüchtige Handlungen der Mutter, sondern ihr Lebenswandel muß im ganzen unzüchtig sein. Aus ihrem Verhalten muß sich eine moralische Unfestigkeit in sittlichen Dingen ergeben, die den Schluß rechtfertigt, sie scheue sich nicht, gleichzeitig mit mehreren Männern geschlechtliche Beziehungen zu unterhalten.[1] Durch den Nachweis unzüchtigen Lebenswandels wird nicht nur eine möglicherweise bestehende gesetzliche Vermutung der Vaterschaft entkräftet und die Mutter zum Nachweis gezwungen, daß der Beklagte doch der Vater sei, sondern der Gegenbeweis ist überhaupt nicht zugelassen, die Klage ist abzuweisen.

Eine weitere Bestimmung von großer praktischer Bedeutung, die den Rechten Deutschlands und Österreichs fremd ist, bringt Art. 308, der vorschreibt, daß die Vaterschaftsklage vor Ablauf eines Jahres seit der Geburt des Kindes anzuheben ist. Die Wirkung dieser Bestimmung wird noch dadurch verschärft, daß eine restitutio in integrum grundsätzlich nicht gewährt wird.[2] Schon hier sei erwähnt, daß Art. 308 als eine Vorschrift des materiellen Rechts aufgefaßt wird, die bei Anwendung fremden Rechts vom schweizerischen Richter nicht beachtet werden darf.

Ueber den Umfang der Vermögensleistungen bestimmt Art. 319, daß der Vater einen angemessenen Beitrag zu den Kosten des Unterhalts und der Erziehung zu leisten hat. Die Unterhaltsgewährung soll der Lebensstellung der Mutter und des Vaters entsprechen und ist bis zum vollendeten 18. Lebensjahr zu gewähren.

Die Regelung dieser Frage ist also in allen drei Rechten verschieden: Während in Deutschland der Vater den gesamten der Lebensstellung der Mutter entsprechenden Unterhalt bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres des Kindes zu tragen hat und während in Österreich der uneheliche Vater den gesamten dem Vermögen beider Eltern entsprechenden Unterhalt solange zu tragen hat, — die Bedürftigkeit des Kindes vorausgesetzt — solange das Kind nicht selbsterhaltungsfähig ist, ist der uneheliche Vater in der Schweiz nur zu Beiträgen zu dem der Lebensstellung der Eltern entsprechenden Unterhalt bis zum vollendeten 18. Lebensjahr des Kindes verpflichtet. Im übrigen trägt die Mutter die Kosten.

Art. 320 sieht sodann die Möglichkeit vor, bei erheblicher Veränderung der Verhältnisse den Unterhaltsbeitrag neu festzusetzen und ihn sogar für hinfällig zu erklären, wenn das Kind nach seiner Lebensstellung

---

[1] So auch im Ergebnis die von Silbernagel zu Art. 315 Z. 16 ff. zahlreich angeführten Entscheidungen.

[2] Dazu Silbernagel zu Art. 308, II und die dort zitierte Bundesgerichtsrechtsprechung.

hinreichend eigenes Einkommen hat. Die Ansprüche des Kindes richten sich auch gegen den Erben des Vaters. Art. 322 gibt dem Erben ein Abfindungsrecht mit dem Betrage, der dem erbberechtigten anerkannten Kinde als Erbteil zustehen würde.

Abweichend vom deutschen und österreichischen Recht regelt die Schweiz noch die Aktivlegitimation. Es erklärt in Art. 307 Mutter und Kind für berechtigt, die Vaterschaftsklage zu erheben.

Endlich sind für die vorliegende Arbeit wichtig die Zuständigkeitsvorschriften der Art. 312 und 313. Nach Art. 312 ist für die Vaterschaftsklage der Richter am schweizerischen Wohnsitz der klagenden Partei z. Zt. der Geburt oder am Wohnsitz des Beklagten z. Zt. der Klage zuständig. Art. 313 schafft sogar die Zuständigkeit des schweizerischen Richters dann, wenn die Klage gegen einen Schweizer geht, der im Auslande wohnt, und wenn Mutter und Kind ebenfalls im Auslande ihren Wohnsitz haben. In diesem Falle kann die Klage am Heimatort des Schweizers angebracht werden.

Ein abschließender Überblick über die Systematik der schweizerischen Regelung der Unehelichenfrage zeigt, daß die Schweiz zwischen den Systemen des Abstammungs- und des Anerkennungsprinzips eine Mittellösung einnimmt. Die Schweiz huldigt aber doch mehr dem Anerkennungssystem. Die freiwillige Anerkennung nnd die Vaterschaftsklage als Statusklage sind den Regeln des Anerkennungssystems gemäß durchgebildet und stehen an erster Stelle. Dagegen sind die Regeln des Abstammungssystems nur mit Vorsicht übernommen worden, wie die Bestimmung des Art. 308 zeigt. Sicher ist, daß die Grundlage auch der reinen Alimentationsklage die Vaterschaft ist. Die Vaterschaft wird mit der Zeugung und Geburt begründet. Die Schweiz läßt dieses aber nicht genügen, sondern verlangt in Art. 307, 309 die Erhebung der Feststellungsklage mit dem Ziel, Vermögensleistungen von dem Vater zugesichert zu erhalten. Nun ist diese Regelung zwar, wie die Verwirkungsfrist offenbart, eine die Sicherung des Prozesses bezweckende Maßnahme. Es soll der Streit über die Vaterschaft in einem Zeitpunkt ausgetragen werden, in dem die Ereignisse noch frisch genug im Gedächtnis haften, um als einwandfreie Unterlage für ein Urteil zu dienen. Daß diese Regelung aber noch andere Gründe rein systematischer Art haben muß, zeigt die Entscheidung des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 2. März 1917[1], wonach auch dann die Klage nach Art. 307, 309 innerhalb eines Jahres notwendig ist, wenn der Vater mündlich und schriftlich seine Vaterschaft zugestanden hat. Die als Schutzvorschrift verständliche Bestimmung des Art. 308 hat damit noch andere Funktionen zugewiesen erhalten, denn ein unmittelbares Interesse an

[1] Schw. JZ. Bd. 15 S. 154.

sofortiger Feststellung besteht in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Falle nicht. Vielmehr wird durch diese Bestimmung das Abstammungsprinzip des schweizerischen Rechts stark dem Anerkennungsprinzip angenähert. In der gefundenen vermittelnden Lösung wahrt Art. 308 den Standpunkt des Anerkennungsprinzips.[1]

[1] Daher hat diese Feststellungsklage keine Parallele im deutschen Recht.

II. Teil:

Das internationale Privatrecht der drei Staaten.

Das internationale Privatrecht soll, wie eingangs der Arbeit erwähnt worden ist, in Fällen internationaler Verknüpfung den Richter anweisen, welche materielle Rechtsordnung er zur Beurteilung eines ihm vorgetragenen Sachverhalts anzuwenden hat. Da jeder Staat seine Rechtsordnung besitzt, ist jede Sache, jede Handlung und jede Person einer Rechtsordnung unterworfen. In Fällen internationaler Verknüpfung treffen daher zwei oder mehr Rechtsordnungen aufeinander. Bei der Bestimmung, welche Rechtsordnung auf den Streit Anwendung finden soll, muß der Gesetzgeber an ein den Rechtsstreit berührendes Merkmal wie Sitz der Sache, Ort der Handlung oder Staatsunterworfensein einer Person anknüpfen und bestimmen, daß dieses Merkmal je nachdem es der einen oder andern Rechtsordnung untersteht für die Anwendung dieser Rechtsordnung maßgeblich sein soll. Von den vielfachen Anknüpfungsmöglichkeiten auf dem hier zu behandelnden Gebiet des Unterhaltsanspruchs des unehelichen Kindes haben die einzelnen Staaten mannigfachen Gebrauch gemacht.[1] Überwiegend wird an eine beteiligte Person angeknüpft, wobei sowohl das Staatsangehörigkeits- als auch das Domizilprinzip befolgt wird.[2]

Wie noch zu zeigen sein wird, befolgt das deutsche Recht das Staatsangehörigkeitsprinzip, während das schweizerische Recht das Domizilprinzip verfolgt. Österreich läßt dagegen das Recht des Gerichtsortes maßgebend sein.

Während Deutschland die internationalprivatrechtliche Regelung des Unterhaltsanspruchs des unehelichen Kindes für alle Fälle gesetzlich im EGBGB. festgelegt hat und in der Folge nur Streit über einzelne Fragen der Auslegung entstanden ist, lassen die Rechte Österreichs und der Schweiz

---

[1] Übersicht bei Veith im Handbuch Bd. 4 S. 429 II A.
[2] Siehe über die Entwicklung dieser Prinzipien Raape Einleitung B III S. 7.

eine derartige feste Regelung dieser Frage vermissen. In Österreich liegen nur Bestimmungen ganz allgemeinen Inhalts vor, unter die die Gerichte die Unterhaltsfrage des unehelichen Kindes einzureihen versuchen, und in der Schweiz besteht ein Gesetz, das die vorliegende Frage auch nur sehr unvollkommen behandelt.

Über die tatsächliche Handhabung dieser Frage vor den Gerichten Österreichs und der Schweiz besteht denn auch im Schrifttum größte Unsicherheit. Es ist das vorgesetzte Ziel vorliegender Arbeit diese Unsicherheit durch eingehende Schilderung des Schrifttums und der Rechtsprechung der drei Staaten nach Möglichkeit zu beheben. Dadurch versteht sich die Ausführlichkeit in der Darstellung dieses Abschnittes.

A) Deutschland:

Deutschland hat sein internationales Privatrecht zu einem Teil gesetzlich niedergelegt und zwar im Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Die hier interessierende Frage, nach welchem Recht der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes zu beurteilen ist, beantwortet Art. 21 EGBGB., der folgendermaßen lautet:

„Die Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber dem unehelichen Kinde und seine Verpflichtung, der Mutter die Kosten der Schwangerschaft, der Entbindung und des Unterhalts zu ersetzen, wird nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem die Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes angehört; es können jedoch nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind."

Von den vielen möglichen Anknüpfungspunkten hat das deutsche Recht an das Heimatstatut der Mutter angeknüpft. Wie Nußbaum[1] treffend bemerkt, ist dies um so erstaunlicher, als die Mutter nach der grundsätzlichen Einstellung des BGB. an dem Verhältnis zwischen Vater und Kind rechtlich unbeteiligt ist. Zitelmann[2] weist mit Recht darauf hin, daß es sich um eine Verbindlichkeit des Vaters handelt, so daß nach allgemeinrechtlichen Grundsätzen das Personalstatut des Vaters als Anknüpfungspunkt dienen müsse, wenn man nicht bei der Auffassung der Verbindlichkeit als einer deliktischen das Recht des Begehungsortes anzuwenden gezwungen sei.

Schon eingangs bei der Schilderung des materiellen Rechts war erwähnt worden, daß die frühere Auffassung, die in der außerehelichen Beiwohnung den Tatbestand einer unerlaubten Handlung gesehen und die Unterhaltspflicht als eine Verpflichtung aus unerlaubter Handlung behandelt hatte, zugunsten der Annahme einer familienrechtlichen Verbindlichkeit fallen gelassen war. Der Hinweis, der am deutlichsten gegen

[1] § 27, III S. 176.
[2] Bd. 2 S. 908 Z. 2.

die Annahme einer unerlaubten Handlung spricht, ist der, daß das Kind den Akt der Beiwohnung, dem es seine Existenz verdankt, nicht als unerlaubte Handlung mit der Folge einer Schadensersatzforderung ansprechen kann. Damit entfällt die Möglichkeit, das Recht des Zeugungsortes als Begehungsort einer unerlaubten Handlung anzuwenden.

Als am nächsten liegend erscheint dann aber als Anknüpfungspunkt die Person des Verpflichteten, des im Prozeß Beklagten.[1] Ebenso wie sich im deutschen Zivilprozeßrecht der Gerichtsstand nach dem Wohnsitz des Beklagten richtet, wäre es angemessen gewesen, auch hier an die Person des in Anspruch Genommenen anzuknüpfen. Die Stellungnahme des EGBGB. hat denn auch in der Wissenschaft Zurückweisung[2] und herbe Kritik[3] gefunden.

Es müssen schon, will man dem Gesetz nicht Gedankenlosigkeit zum Vorwurf machen, besondere Gründe bestanden haben, den Anknüpfungspunkt den allgemeinen Regeln zuwider nicht bei dem Vater, sondern bei der Mutter zu suchen. Dabei erscheint mir die Ansicht Raapes[4] einleuchtend, der diese Anknüpfung damit zu erklären sucht, daß das BGB. den schwächeren Teil — die Mutter — hat schützen wollen, und lediglich diese Fürsorgeabsicht für die getroffene Regelung maßgebend gewesen sei. Wenn Raape diese Fürsorgeabsicht aber dahin zu konkretisieren sucht, der Mutter das bessere Recht zu wahren, so stimmt das mit den Ergebnissen oft nicht überein, wie Frankenstein recht nachdrücklich nachweist,[5] weil das Heimatrecht der Mutter nicht immer das bessere Recht ist. M. E. erstreckt sich die Fürsorgeabsicht des Gesetzes vielmehr nur darauf, der Mutter das Recht ihrer Heimat, mit dem sie als naturgegebenen rechnen mußte, zu erhalten, sie also so zu stellen, als ob keinerlei andersstaatliche Berührungspunkte vorlägen, und damit das Risiko einer eventuellen Schlechterstellung dem stärkeren Teil — dem Manne — aufzuerlegen.

von Bar[6] sieht den Grund für die Notwendigkeit, an das Personalstatut der Mutter anzuknüpfen, darin, daß sich jeder Staat zur Fürsorge der ihm angehörigen unehelichen Kinder verpflichtet fühlen müsse, und diese Fürsorge sich aber auch nur auf die Kinder erstrecke, die von staatsangehörigen Müttern erzeugt seien.

In einer solchen aus dem Fürsorgegedanken gewordenen Regelung steckt Sinn. Die Klagen Frankensteins[7] über das Verfehlte der Bestimmung des Art. 21 EG. sind nicht berechtigt. Zuzugeben ist Frankenstein nur, daß die Anknüpfung an die Person der Mutter methodisch gesehen überraschend ist. Theoretiker werden das schmerzlich empfinden. Nicht überzeugend

---

[1] Raape B. II Abs. 1 zu Art. 21 EG.
[2] Zitelmann Bd. 2 S. 911.
[3] Frankenstein Bd 4 S. 120 ff.
[4] zu Art. 21 EG. B. II.
[5] Bd. 4 S. 120 β.
[6] Bd. I S. 557.
[7] Bd. 4 S. 120 ff.

ist aber der von Frankenstein unternommene Versuch, an Ergebnissen das Verfehlte der Vorschrift nachzuweisen. Es ist nicht einzusehen, wie sich die Rechtslage grundsätzlich, d. h. unter Vermeidung der von Frankenstein angeführten unerfreulichen Ergebnisse dadurch ändern soll, daß das Gesetz nicht an die Person der Mutter, sondern der des Vaters anknüpft. In dem von Frankenstein angeführten Fall,[1] wo eine Italienerin mit einen Deutschen ein uneheliches Kind erzeugt hat, erhält die Italienerin nach Art. 21 EGBGB. bei Anwendung italienischen Rechts keinen Unterhaltsanspruch für das Kind. Sie steht sich im Ergebnis ebenso, wie bei einem Verkehr mit einem Italiener. Würde nun an das Personalstatut des Vaters angeknüpft und ein Italiener mit einer Deutschen verkehrt haben, so würde das deutsche Kind abweichend vom deutschen Recht keinen Unterhaltsanspruch haben. Die Unzuträglichkeit liegt nicht im Kollisionsrecht, sondern in den stark voneinander abweichenden materiellen Rechtsordnungen. Solange diese erhebliche Abweichung in den materiellen Rechtsordnungen bestehen bleibt, muß es — von der ausgleichenden Funktion des ordre public abgesehen — bei internationaler Verknüpfung immer zu unbilligen Ergebnissen kommen.

Bei der Behandlung des Art. 21 selbst ist zunächst darauf hinzuweisen, daß der Artikel zwar alle in Betracht kommenden Fälle erfaßt, dem Richter also für jeden denkbaren Sachverhalt bestimmte Anweisungen erteilt, daß er aber nur den Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes gegenüber dem Vater behandelt. Für unser deutsches Recht will das nicht viel besagen, da sich das Rechtsverhältnis von Vater und unehelichem Kind, wie bereits eingangs erwähnt, in der schuldrechtlichen Verpflichtung auf Unterhaltsgewährung erschöpft. Dagegen ist in anderen Ländern auf Grund von förmlicher Anerkennung das uneheliche Kind mit seinem Vater verwandt. Sollen sich in diesem Falle die personenrechtlichen Verhältnisse ebenfalls nach Art. 21 bemessen? Diese Frage fällt eigentlich aus dem Thema dieser Arbeit heraus, ihre Beantwortung kann daher nur kurz angedeutet werden. Die Verneinung dieser Frage ergibt sich schon aus dem oben über die Gründe für die Wahl der Anknüpfung Gesagten. Wenn es Sinn hatte, der Mutter ihr Recht für eigene Ansprüche und Ansprüche des meistens bei ihr aufwachsenden Kindes zu erhalten, so hat dieses keinen Sinn für das personenrechtliche Verhältnis zwischen Vater und Kind, da die Mutter an diesem Verhältnis rechtlich überhaupt nicht beteiligt ist. Man wird hier den allgemeinen Regeln folgend das Heimatrecht des Vaters für die Rechtsanwendung ausschlaggebend sein lassen.[2]

Im übrigen hat Art. 21 EGBGB. in Literatur und Rechtsprechung zu zwei Streitfragen Anlaß gegeben:

1. Die erste Streitfrage zu Art. 21 ergibt sich aus seinem Wortlaut. Die Fassung der Vorschrift, daß die Unterhaltspflicht des unehelichen Va-

[1] Bd. 4 S. 121.
[2] Frankenstein Bd. 4 S. 115, Raape zu Art. 21 G. I. S. 530.

ters sich nach dem Heimatrecht der Mutter richten soll, ist dahin ausgelegt worden,[1] daß Art. 21 zur Voraussetzung habe, daß der Pflichtige als unehelicher Erzeuger bereits festgestellt worden sei, und daß Art. 21 nur die Folgen, d. h. Umfang und Art des Unterhalts regele, während die Vorfrage, ob jemand unehelicher Vater sei, nicht nach Art. 21 entschieden werden müsse, sondern hierfür die Heimatangehörigkeit des Vaters maßgebend sein solle. Nach Meinung dieser Schriftsteller handelt es sich bei dieser Vorfrage nämlich um rein persönliche Beziehungen zwischen Vater und Kind.

Mit Recht ist das gesamte neuere Schrifttum[2] von dieser dem Zwecke der Vorschrift widersprechenden Auslegung abgerückt.

Gleich der Mehrheit der Schriftsteller erscheint mir diese Trennung in Vor- und Hauptfrage gekünstelt. Art. 21 beschäftigt sich mit dem Unterhaltsanspruch des Kindes, dieser soll sich nach dem Heimatrecht der Mutter richten, d. h. alles das, was Voraussetzung für den Unterhaltsanspruch ist, soll sich nach diesem Recht richten. Inbegriffen ist damit nicht nur das „Wie", sondern auch das „Ob". Es ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß Art. 21 ausdrücklich nur den Umfang des Unterhaltsanspruchs regeln wollte, während er die viel wichtigeren Voraussetzungen allgemeinen Grundsätzen hätte überlassen wollen. Die Trennung in Vor- und Hauptfrage widerspricht damit der Systematik des Gesetzes und ist begrifflich auch nicht gerechtfertigt. Die persönlichen Beziehungen zwischen Vater und Kind interessieren im Zusammenhang mit Art. 21 nicht. Die Frage der Vaterschaft hat hier keine rechtlich selbständige Bedeutung, sie ist vielmehr nur Motiv für die Verurteilung. Sie ist ein Stück des Sachverhalts, der der Urteilsfindung zugrunde gelegt wird und hat damit keinen Anspruch auf Beurteilung nach eigenen Regeln. Es hieße auch den angenommenen Fürsorgezweck des Gesetzes durchkreuzen, würde man durch diese Trennung die Frage der Abstammung vom Heimatstatut des Vaters abhängig machen, und die Mutter dadurch in der wichtigen Frage des „Ob" einem fremden Statut unterwerfen.

2. Die andere Streitfrage über Art. 21 ergibt sich aus dessen zweiten Halbsatz, der den ersten Halbsatz durch die Bestimmung einschränkt, daß nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden können, als nach deutschem Recht begründet sind.

In dem Schrifttum[3] kommt zum Ausdruck, daß die Bestimmung des Art. 21 Halbs. 2 dem ordre public angehört und eine Spezialnorm

---

[1] Urteil des Landgerichts in Frankfurt a. M. vom 20. IV. 1928 = Bls. I. PR. Bd 3 Sp. 259 und das Landgericht II in Berlin vom 2. II. 1929 = KG.Bl. 1929 S. 98.

[2] Raape zu Art. 21, B. II, S. 513, Planck zu 21 3.3a., Lewald S. 146, Nußbaum § 27, III, Wolff § 42, III, Frankenstein 4. Bd. S. 126, OLG.-Frankfurt a. M. in JW. 1926 S. 2158.

[3] Planck zu Art. 21 3. 5.
Raape „ „ 21 C und zu Art. 30 B. I.
Frankenstein S. 130.

des Art. 30 EG. darstellt. Diese Bestimmung muß, wenn man ihrem Wortlaut folgt, gleichmäßig auf In- und Ausländer Anwendung finden, nachdem die im Entwurf zum EGBGB. vorgeschlagene Beschränkung auf deutsche Väter im Text keine Aufnahme gefunden hat. Welche Gründe für die Streichung dieser Beschränkung maßgebend gewesen sind, ist nicht geklärt.

Die Meinung, daß die Bestimmung des Art. 21 Halbs. 2 auch Ausländern zugute kommen soll, wird denn auch heute noch vertreten[1]. Die Mehrheit der Schriftsteller[2] vertritt dagegen die einschränkende Auslegung, der man sich anschließen muß, um zu vernünftigen Ergebnissen zu gelangen. So weist Lewald[3] z. B. eindrücklich darauf hin, daß der deutsche ordre public unmöglich verletzt sein kann, wenn Ausländer vor deutschen Gerichten klagen und wenn das maßgebliche Auslandsrecht das uneheliche Kind in seinen Unterhaltsansprüchen besser stellt als das gänzlich unbeteiligte deutsche Recht. In diesem Falle liegt keine Notwendigkeit vor, das deutsche Recht als Maßstab zu nehmen, nach dem sich alles auszurichten hat. Eine solche Behandlung der Frage würde vielmehr als unliebsame Einmischung empfunden werden müssen.

Der Zweck der Vorschrift ist nach allgemeiner Meinung ein anderer. Sie soll eine Schutzvorschrift für den deutschen Erzeuger sein. Er soll nicht schlechter gestellt werden als nach dem Recht des BGB., vor allem soll ihm die exceptio plurium erhalten werden.

Damit verliert die Bestimmung des Art. 21 Halbs. 2 eigentlich den Charakter einer Spezialbestimmung des ordre public. Gewiß wird der deutsche Staat nicht in seinen Grundfesten erschüttert, wenn das nach Art. 21 Halbs. 1 anwendbare Recht den deutschen Vater zu Leistungen verpflichtet, wo das deutsche Recht eine solche Leistung nicht geben würde.

Dieser Eingriff zugunsten deutscher Väter hat zu Retorsion Anlaß gegeben, wie das Urteil des Obersten Gerichtshofes in Brünn vom 9. 12. 1927[4] zeigt. Dort ist folgendes ausgesprochen:

> „Aus dem Grunde der in § 33 ABGB. vorgeschriebenen Reziprozität können die tschechoslowakischen Gerichte die Ansprüche der deutschen unehelichen Kinder und Mütter nicht günstiger beurteilen als die deutsche Rechtsordnung über die Ansprüche der inländischen Staatsangehörigen bestimmt. Bis zur Inkraftsetzung einer anderen Kollisionsnorm muß im Verkehr mit Deutschland infolge des Retorsionsrechtes die im Art. 21 des Einführungsgesetzes zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmte Kollisionsnorm angewendet wer-

---

[1] Gutzwiller S. 1647, Nußbaum S. 178, Wolff S. 137 anscheinend auch Planck zu Art. 21 Z. 5.

[2] Raape zu Art. 21 F II, Frankenstein Bd. 4 S. 127 Z. 5, Lewald S. 147, Habicht S. 162, Neubecker S. 110, RG.-Komm. Vorbem., vor § 1705 E 2., Beith im Handwörterbuch Abschn. 8 S. 431, L. G. Bartenstein im Sonderheft 1930 Nr. 78.

[3] S. 147 ff.

[4] JW. 1928 S. 1476.

den. Das Verhältnis des deutschen unehelichen Kindes und seiner Mutter zu dem Vater muß nach dem deutschen Rechte beurteilt werden, es könnnen aber dem Vater nicht größere Pflichten auferlegt werden, als sie die tschechoslowakischen Gesetze zulassen."

Um solche Retorsionen zu vermeiden, erhebt Lewald[1] die Forderung einer möglichst engen Anwendung des Art. 21 Halbs. 2. Er will diese Bestimmung nur auf den Umfang der Unterhaltspflicht, nicht aber auf die Frage der Vaterschaftsfeststellung angewendet wissen.

So erwünscht diese von Lewald geforderte enge Anwendung des Art. 21 Halbs. 2 mit Rücksicht auf die internationale Wechselwirkung wäre, so hat doch Frankenstein[2] mit Recht darauf hingewiesen, daß Art. 21 Halbs. 1 und 2 eine Einheit bilden. Wenn, wie allgemein angenommen wird,[3] Art. 21 Halbs. 1 nicht nur den Umfang, sondern auch die Voraussetzungen der Unterhaltspflicht behandelt, dann kann man nicht den Halbs. 2 willkürlich auf den Umfang beschränken.

Außerdem macht Frankenstein[4] mit Recht darauf aufmerksam, daß das Gesetz seiner Entstehung nach eine solche Beschränkung auch garnicht gewollt habe, sondern dem deutschen Vater die exceptio plurium habe sichern wollen.[5]

Außerdem darf darauf hingewiesen werden, daß die übrigen Staaten trotz dem Fehlen einer gleichlautenden Bestimmung wie Art. 21 Halbs. 2 EGBGB. denselben Erfolg erzielen mit der Anwendung der allgemeinen Vorbehaltsklausel, die ein Bestandteil jeder Rechtsordnung ist.[6]

Der von Lewald als Beleg seiner Meinung angezogene Beschluß des Kammergerichts in Berlin[7] bestätigt die von ihm propagierte enge Auslegung nicht, da das Kammergericht dort überhaupt nur über den Umfang des Unterhalts zu bestimmen hatte und die Voraussetzungen dieser Unterhaltsleistungen nicht zu prüfen brauchte.

Als weitere Normen des Kollisionsrechts müssen in diesem Zusammenhang noch die Art. 27 und 30 EGBGB. gestreift werden. Art. 30 bringt die gegenüber dem soeben behandelten Art. 21 Halbs. 2 allgemeinere Bestimmung des ordre public und gehört zu einer der problematischsten Fragen des gesamten internationalen Privatrechts.[8] Art. 27 behandelt die Rückverweisung.

Es kann nicht der Zweck der vorliegenden Arbeit sein, das Problem des ordre public und der Rückverweisung erschöpfend darzustellen.

---

[1] S. 150.
[2] S. 132 (Bd. 4), Z. c.
[3] Z. B. L. G. Nürnberg im Sonderheft 1930 Nr. 83, Beith im Handwörterbuch S. 431.
[4] S. 133.
[5] So auch Raape zu Art. 21 C, V, Z. 1.
[6] Kahn in Jh. Jahrb. Bd. 39 S. 6 Abs. 2.
[7] Seuff. Archiv Bd. 72 S. 388.
[8] Über die Probleme der Lehre vom ordre public siehe Kahn in Jh. Jahrb. Bd. 39 S. 1 ff. und Zitelmann Bd. 1 S. 317, Lewald S. 23 ff., Nußbaum S. 59 ff., Raape Einl. IV und zu Art. 30.

Auch der Behandlung dieser Fragen sind durch das Thema Grenzen gezogen. Die Darstellung erstreckt sich daher nur auf die Fragen, die der Förderung des Themas dienlich erscheinen.

Art. 30 lautet:

„Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde."

Art. 30 bestimmt damit, daß in besonderen Fällen entgegen den allgemeinen Kollisionsnormen das zur Anwendung berufene ausländische Recht nicht zur Anwendung gelangen soll. Art. 30 ist damit eine Ausnahmevorschrift, die voraussetzt, daß nach allgemeinen Regeln ausländisches Recht auf den zu beurteilenden Sachverhalt Anwendung zu finden hat. Erst nachdem diese Voraussetzung gegeben ist, hat der deutsche Richter, soweit Anlaß dazu vorliegt, zu prüfen, ob der tatsächlichen Anwendung des ausländischen Rechtes Art. 30 entgegensteht.

Die Auslegung der in ihrer Dehnbarkeit schwer zu umreißenden Bestimmung bereitet erhebliche Schwierigkeiten. Sämtliche Schriftsteller sind sich darüber einig, daß im Interesse der erstrebten Gesetzesharmonie und aus gegenseitiger Achtung staatlicher verschiedener Eigenheiten eine möglichst enge Auslegung des Art. 30 geboten ist und seinem Charakter als Ausnahmebestimmung allein gerecht wird.[1] Auch das Reichsgericht gibt dem Art. 30 in ständiger Rechtsprechung einen engen Rahmen, wenn es in der Entscheidung vom 14. 12. 1927[2] unter Berufung auf die Entscheidungen des Reichsgerichts in Bd. 60 S. 296, Bd. 73 S. 368, Bd. 93 S. 182 und Bd. 110 S. 175 den Sinn der Vorschrift dahin erklärt, daß keinesfalls eine wenn auch grundsätzliche Verschiedenheit der einheimischen Gesetze und des ausländischen Gesetzes genüge, vielmehr müsse der Unterschied der staatspolitischen oder sozialen Anschauungen so erheblich sein, daß durch die Anwendung des ausländischen Rechtes „die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens" angegriffen würden. Damit ist ein enger Rahmen geschaffen, in den die Praxis den jeweiligen Einzelfall einzufügen hat.

Zu der geforderten engen Auslegung gehört es auch, daß sich die Anwendung des ordre public nach dem Grade der Inlandsbeziehung richtet. Wenn die internationale Verknüpfung nur darin besteht, daß ein deutsches Gericht zur Entscheidung über ausländische Rechtsverhältnisse angerufen ist, so wird die Möglichkeit einer notwendigen Anwendung des Art. 30 ferner liegen, als wenn inländische Interessen am Rechtsstreit beteiligt sind. Diese von Kahn begründete Lehre von der relativen Natur des ordre public entspricht dem vom Reichsgericht aufgestellten Grundsatz.

---

[1] U. a. Zitelmann Bd. 1 S. 336, Raape zu Art. 30 C II., Lewald S. 24, Giesker-Zeller S. 135 ff.

[2] RGZ. Bd. 119 S. 259 ff. S. 263.

Soviel kann schon gesagt werden, daß die geringen Unterschiede, die sich bei der Darstellung der materiellen Rechtsordnungen Deutschlands, Österreichs und der Schweiz zeigten, nicht geeignet sind, die guten Sitten oder fundamentale Gesetze des deutschen Reichs zu verletzen, so daß Art. 30 EGBGB. in dieser Arbeit nicht zur Anwendung kommen wird.

Eine Rückverweisung liegt dann vor, wenn z. B. die deutsche Kollisionsnorm das ausländische Recht für anwendbar erklärt, die Kollisionsnorm dieses ausländischen Rechts aber auf die Anwendung deutschen Rechts verweist. Von der Beantwortung der Frage, ob die deutsche Kollisionsnorm nur auf das materielle ausländische Recht oder auf das gesamte Recht einschließlich der fremden Kollisionsnormen verweist, hängt es ab, ob der deutsche Richter diese Rückverweisung der fremden Kollisionsnorm zu beachten hat.[1]

Das deutsche Recht erklärt in Art. 27 EGBGB. diese Rückverweisung des ausländischen Rechtes in fünf Fällen als beachtlich und weist den deutschen Richter an, in diesem Falle die deutschen Gesetze anzuwenden.[2] Das Reichsgericht hat in der Entscheidung vom 15. 2. 1912 im 78. Band S. 236 die Beachtlichkeit der Rückverweisung ganz allgemein ausgesprochen mit der Begründung, daß der deutsche Richter, wenn überhaupt zur Anwendung fremden Rechts berufen, dieses fremde Recht grundsätzlich auch in vollem Umfange, also nicht bloß seine Sachnormen, sondern auch seine Kollisionsnormen anzuwenden habe. Diese Auslegung entspreche dem vernünftigen Sinn des Gesetzes. In der Entscheidung vom 8. 11. 1917[3] hat das Reichsgericht darüber hinausgehend auch die Beachtlichkeit solcher ausländischer Kollisionsnormen ausgesprochen, die nicht eine Rückverweisung auf deutsches Recht, sondern eine Weiterverweisung auf das Recht eines anderen Staates aussprechen.

Aus dieser Rechtsprechung des Reichsgerichts folgt, daß die Rück- und Weiterverweisung also auch in den Fällen des Art. 21 EGBGB. beachtlich ist. Diese Auffassung bestätigt ein Urteil des Amtsgerichts in Stuttgart vom 22. 10. 1930,[4] wo es heißt, daß Art. 21 auf das gesamte ausländische Recht einschließlich des internationalen Privatrechts verweise und die Rückverweisung dieses Rechts annehme.

---

[1] Raape Einleitung zum IPR. VI.
[2] Übersicht über die Lehrmeinungen bei Raape Einleitung E. VI. und zu Art. 27 B. II., ebenfalls bei Walker Kap. 7 I.
[3] RGEZ. Bd. 91 S. 141.
[4] JW. 1931 S. 157.

B) Österreich:

Wie Ehrenzweig[1] ausführt, steht das internationale Privatrecht des ABGB. auf dem Boden der Statutentheorie, wo die Personalstatuten in den §§ 4, 34, 300, die Realstatuten in § 300 und die gemischten Statuten in den §§ 35 bis 37 behandelt werden.

Die Hauptgrundlage des internationalen Privatrechts Österreichs bildet § 33 und die §§ 34 bis 37 ABGB. Der Abschnitt §§ 33 ff. ist überschrieben: „Rechte der Fremden." § 33, der wegen seiner grundsätzlichen Bedeutung wörtlich zitiert zu werden verdient, lautet:

> „Den Fremden kommen überhaupt gleiche bürgerliche Rechte und Verbindlichkeiten mit den Eingeborenen zu, wenn nicht zu dem Genusse dieser Rechte ausdrücklich die Eigenschaft eines Staatsbürgers erfordert wird. Auch müssen die Fremden, um gleiches Recht mit den Eingeborenen zu genießen, in zweifelhaften Fällen beweisen, daß der Staat, dem sie angehören, die hierländigen Staatsbürger in Rücksicht des Rechtes, wovon die Frage ist, ebenfalls wie die seinigen behandle."

Es werden danach den Fremden vor österreichischen Gerichten dieselben Rechte zugebilligt, wie den Einheimischen. Mit zwei Einschränkungen: nämlich dann nicht, wenn zu dem Genusse gleicher Rechte die Eigenschaft eines Staatsbürgers erforderlich ist; das will besagen, daß die Gleichstellung nur auf dem Gebiet des Zivilrechts, nicht dagegen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechtes erfolgt ist.

Außerdem wird Gegenseitigkeit oder formelle Reziprozität gefordert, d. h. es wird gefordert, daß auch der Staat, dem der Fremde angehört, dem Prinzip der Gleichbehandlung seiner Staatsbürger mit den Angehörigen Österreichs folgt.

Hier wird gleich der Begriff der „formellen" im Gegensatz zur „materiellen" Reziprozität, der in den später zu besprechenden Entscheidungen immer wieder auftaucht, zu klären sein. Wie schon ausgeführt, bedeutet die Forderung nach formeller Reziprozität, daß der Heimatstaat des Fremden Österreicher in zivilrechtlichen Angelegenheiten ebenso behandelt, wie seine eigenen Untertanen. Materielle Reziprozität würde dagegen bedeuten, daß derselbe Rechtssatz, der auf Österreicher im Auslande angewendet wird, auch auf Ausländer in Österreich angewendet werden soll.[2] Während es sich bei der formellen Reziprozität also um eine selbstverständliche Maßnahme eines ehrbewußten Staates handelt, indem er die Gleichbehandlung von Ausländern mit seinen Untertanen von der Gleichberechtigung seiner Untertanen im Ausland abhängig macht, würde die Befolgung materieller Reziprozität grundsätzliche Retorsions-

---

[1] Bd. I, 1. Hälfte S. 89.
[2] OGHE. vom 19. II. 1924 Bd. 6 Nr. 66, Walker S. 242.

politik, d. h. Widervergeltungspolitik begründen. Ein Musterbeispiel der Auslegung des § 33 nach der Seite materieller Reziprozität ist das oben schon erwähnte Urteil des Brünner Obersten Gerichtshofes, wo es heißt:[1]

„Aus dem Grunde der im § 33 ABGB. vorgeschriebenen Reziprozität können die tschechoslovakischen Gerichte die Ansprüche der deutschen unehelichen Kinder und Mütter nicht günstiger beurteilen als die deutsche Rechtsordnung über die Ansprüche der inländischen Staatsangehörigen bestimmt. Bis zur Inkraftsetzung einer anderen Kollisionsnorm muß im Verkehr mit Deutschland infolge des Retorsionsrechtes die im Art. 21 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmte Kollisionsnorm angewendet werden."

Daß der Gerichtshof trotzdem glaubt, lediglich der Forderung nach formeller Reziprozität gefolgt zu sein, ist eine bewußte Verkennung des Begriffs der formellen Reziprozität, wie die im Urteil enthaltene Verweisung auf Ehrenzweig erkennen läßt. Ehrenzweig gibt S. 90 eine mit obigen Ausführungen übereinstimmende Erklärung der formellen und materiellen Reziprozität. Auch Ehrenzweig bezeichnet letztere als Retorsion, ein Ausdruck, den der OGH. in Brünn seinem Urteil ausdrücklich beigelegt hat.

In Schrifttum[2] und Rechtsprechung[3] herrscht Übereinstimmung darüber, daß § 33 ABGB. nur das Erfordernis der formellen Reziprozität aufstellt.

Betrachten wir nun die folgenden Kollisionsnormen §§ 34 ff., so finden wir, daß § 34 Bestimmungen bringt über die Beurteilung der persönlichen Fähigkeit der Fremden zu Rechtsgeschäften, §§ 35—37 über die Beurteilung von Geschäften und Rechtsgeschäften, die von Ausländern in Österreich unternommen worden sind. Die Kollisionsnormen des ABGB. treffen danach nur Bestimmungen über die Beurteilung von Geschäften und Rechtsgeschäften. Wir finden daher auch die Klage Walkers[4] verständlich, daß das ABGB. auf dem Gebiete der internationalprivatrechtlichen Regelung des Familienrechts, wo die Rechtsunsicherheit empfindlicher sei als irgendwo, fast ganz versage.

Wo positiv gesetzliche Bestimmungen fehlen, müssen Lösungsversuche unternommen werden, die denn auch in den Arbeiten der Wissenschaftler Österreichs nicht fehlen und zu recht auseinandergehenden Ergebnissen geführt haben. Betrachten wir diese Versuche kurz, soweit sie sich darauf erstrecken, einen Anknüpfungspunkt für die Vaterschaftsklage des unehelichen Kindes zu schaffen:

---

[1] JW. 1928 S. 1476/77.
[2] Ehrenzweig Bd. I S. 90, Walker S. 247.
[3] OGHE. Bd. 6 Nr. 66, OGHE. in Gl. U. 9102.
[4] S. 54.

Sehr klar in der Erkenntnis des Wesens des Kollisionsrechtes ist der Vorschlag über das Vorgehen im allgemeinen von Ehrenzweig.[1] Nachdem er die Unzulänglichkeit der Regelung des Kollisionsrechtes durch die dürftigen Bestimmungen der §§ 35—37 ABGB. anerkannt hat, gibt er seiner Meinung dahin Ausdruck, daß hier die freie Rechtsfindung, die Entscheidung nach der Natur der Sache, Platz greifen müsse und fährt fort:

„dabei ist auf die Gründe zurückzugehen, die zur Anwendung ausländischen Rechts nötigen: Das Vertrauen der Parteien auf die Anwendung bestimmter Gesetze . . . , das nicht unter den Zufälligkeiten der gerichtlichen Zuständigkeit leiden soll, die Förderung des Verkehrs mit dem Auslande, die Vermeidung von Gegenmaßregeln (Retorsion)".

Später wird zu zeigen sein, daß diese Gedanken, die auf Savigny zurückgehen, in Verbindung mit § 7 ABGB. in mehreren Entscheidungen zur Grundlage erhoben worden sind.

Leider unterläßt es Ehrenzweig bei der Erörterung der Frage, nach welcher Rechtsordnung der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes zu bestimmen ist, seine allgemein zum Ausdruck gebrachte Meinung im speziellen Falle praktisch anzuwenden. Er begnügt sich vielmehr[2] damit, für die Vaterschaftsklage und den Unterhaltsanspruch unter Hinweis auf Art. 21 EGBGB. das Heimatrecht der Mutter des Kindes entscheidend sein zu lassen mit dem Bemerken, daß dies „gegenwärtig" in der Rechtsprechung anerkannt sei. Dies ist in der Rechtsprechung niemals anerkannt gewesen, wie die im Folgenden aufzuführende Rechtsprechung erkennen lassen wird.[3]

Wie Walker[4] berichtet, wird von anderen Schriftstellern als anwendbares Recht das Recht des Klageortes oder das Recht des jeweiligen Wohnortes des unehelichen Vaters befürwortet. Ich beschränke mich darauf, diese Ansichten zu registrieren.

Walker selbst kommt unter Anführung zahlreicher Entscheidungen zu dem Schluß, daß die Rechtsübung zumeist die Zulässigkeit der Vaterschaftsklage und die Unterhaltsansprüche des unehelichen Kindes gegen den Vater lediglich nach den Gesetzen des Landes beurteile, wo die Klage angestellt werde.

Daß Walker mit dieser Regelung nicht einverstanden ist, zeigt sein Vorschlag, die Gesetze des Heimatstaates des Vaters für die Vaterschaftsklage bestimmend sein zu lassen.

---

[1] Bd. I, 1. Hälfte S. 89.
[2] S. 106.
[3] In der Entscheidung des OGH. vom 20. V. 1930 in Jur. Bl. 1930 S. 451 erfährt denn auch diese Behauptung Ehrenzweigs Zurückweisung.
[4] Bei Klang, S. 328.

In der reichen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, die wenn auch nicht einheitlich, doch in ihrer Begründung klar und eindeutig ist, lassen sich zwei Stömungen unterscheiden:

Die eine lehnt sich mangels positiver Vorschriften an § 7 ABGB. an, die andere nimmt den schon zitierten § 33 ABGB. zur Grundlage. In allen Entscheidungen kommt aber zum Ausdruck, daß die §§ 34—37 auf die Unterhaltsklage nicht zutreffen, weil die Tatsachen, die die Grundlage des Rechtsstreits schafften, nicht Rechtsgeschäfte, sondern rechtserzeugende Handlungen seien, die daher von den genannten Bestimmungen nicht erfaßt würden.

§ 7 ABGB. lautet:

„Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft, so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden."

Die Anwendung der Vorschrift des § 7 ABGB. findet immer dort statt, wo sämtliche Beteiligten Ausländer sind, wo auch die Tatsachen, die zur Klage Anlaß gegeben haben, im Auslande geschaffen worden sind und wo die einzige Verknüpfung mit Österreich in der Erhebung der Klage vor österreichischen Gerichten liegt. Es ist verständlich, daß der österreichische Richter in einem solchen Falle keine Notwendigkeit sieht, österreichisches Recht anzuwenden und dem dadurch zu entgehen sucht, daß er sich aus § 7 ABGB. die Ermächtigung holt, nach natürlichen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden.

So verfuhr der k. k. Oberste Gerichtshof in der Entscheidung vom 22. 10. 1903[1], wo sämtliche Beteiligten Deutsche waren und wo die Zeugung und Geburt ebenfalls in Deutschland stattgefunden hatte. Nachdem das Gericht festgestellt hatte, daß § 34 und § 37 ABGB. auf rechtserzeugende Handlungen keine Anwendung finden könne, folgert es aus § 7 ABGB. als ganz natürlich, daß ein Rechtsverhältnis der Herrschaft der Gesetze des Ortes unterworfen bleibe, wo die Tatsachen geschaffen worden seien, denen es überhaupt seine Entstehung verdanke, und wendete deutsches Recht an.

Eine weitere auf § 7 ABGB. gestützte Entscheidung des k. k. Obersten Gerichtshofes ist die vom 2. März 1915[2], bei der ebenfalls sämtliche Beteiligten Deutsche sind und das Kind in Deutschland geboren worden ist. In der Entscheidung wird ausgeführt, daß bei dem Fehlen positiver Vorschriften und der Unmöglichkeit eines Analogieschlusses aus den

---

[1] Gl. U. Bd. 40 Nr. 2473.
[2] Gl. U. Bd. 52 Nr. 7335.

§§ 33—37 ABGB. die Frage nach der Anwendung der maßgebenden Gesetze gemäß § 7 ABGB. nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden müsse.

In der Entscheidung wird S. 248 ff. sodann ausgeführt, daß das auch für das österreichische Rechtsbewußtsein maßgebende deutsche Recht im Art. 21 EGBGB. seinen Niederschlag gefunden habe und auch hier anwendbar sei. Weiter spreche aber noch die Erwägung für die Anwendung ausländischen Rechts, daß ein ausländisches, im Ausland erzeugtes, von einer ausländischen Mutter im Ausland geborenes und seit seiner Geburt dort lebendes Kind an seinen angeblichen Erzeuger, der gleichfalls Ausländer sei, Unterhaltsansprüche stelle. Hätte der Vater seinen früheren Wohnsitz in Deutschland beibehalten, so wäre deutsches Recht zur Anwendung gekommen. Es widerspreche nun dem Gesetz, ohne zureichenden Grund anzunehmen, daß das Kind durch die rein zufällige und, wie es sich in der Folge gezeigt habe, nur vorübergehende Tatsache der Übersiedelung des Beklagten nach Österreich mit seinen Unterhaltsansprüchen unter ein anderes Gesetz falle und daß es nach diesem Gesetz durch den Wohnungswechsel des Beklagten einen Anspruch erlange, den es auf Grund der diesem Anspruch zugrunde liegenden rechtserzeugenden Tatsachen nicht gehabt hätte.

Weiter beschäftigt sich diese Entscheidung noch mit einem Einwand, den wir als Grundlage für spätere Entscheidungen, die zum entgegengesetzten Ergebnis führen, noch kennen lernen werden, nämlich damit, ob das in § 163 ABGB. niedergelegte Familienrecht zwingend in der Art sei, daß es auf diesem Gebiet die Anwendung fremden Rechts nicht dulde. Die vorliegende Entscheidung verneint den zwingenden Charakter des § 163 ABGB. mit Hinweis auf den Zweck der Vorschrift. Sie gelte dem Schutz und der Fürsorge der unehelichen Kinder. Das treffe aber nur für inländische oder im Inland lebende ausländische Kinder zu. Zu einer Fürsorge für ausländische, im Ausland lebende Kinder, hätten die Gerichte keinen Anlaß. In diesem Falle seien die Voraussetzungen des § 163 ABGB. nicht erfüllt und die Anwendung fremden Rechts stehe frei.

Diese Entscheidung, die sich gewissenhaft mit allen Problemen des nachbarlichen Grenzrechts auseinandersetzt, ist durchaus zu billigen. Sie zeigt auch, daß es Fälle gibt, wo eine fehlende positive Regelung des Kollisionsrechtes vorteilhaft ist, um dem Richter die Freiheit zu einer Entscheidung zu geben, die billig und gerecht ist.

Als dritte hierher gehörende Entscheidung ist die des Obersten Gerichtshofes vom 18. Mai 1921[1] zu nennen, bei der es sich um die Klage einer deutschen Mutter gegen den unehelichen Vater österreichischer Staatsangehörigkeit handelt, der mit ihr in Deutschland verkehrt hat. Das Kind ist in Deutschland geboren.

[1] GZ. Bd. 3 Nr. 56.

Während die unteren Instanzen durch Anwendung österreichischen Rechts die exceptio plurium nicht zugelassen haben, hat der Oberste Gerichtshof sie zugelassen mit der Begründung, daß mangels positiver Vorschriften § 7 ABGB. Anwendung finde, der die Entscheidung nach natürlichen Rechtsgrundsätzen zulasse. Als natürliche Rechtsgrundsätze könne auch das anerkannte internationale Privatrecht herangezogen werden und damit die in Art. 21 EGBGB. niedergelegte Rechtsanschauung deutscher Juristen. Diese Bestimmung sei wohl geeignet, die Lücke im ABGB. zu füllen.

Aber noch ein anderer Grund spreche für die Anwenduug des deutschen Rechts und damit des § 1717 BGB.: Zweifellos hätten deutsche Gerichte, wenn der Prozeß im deutschen Reich geführt worden wäre, zufolge der Bestimmung des Art. 21 EG. die Einrede des § 1717 BGB. auch dann zugelassen, wenn sie von einem Ausländer erhoben worden wäre. Es liege kein Anlaß dazu vor, durch die zufällige Wahl des Klageortes materielles Recht zu ändern und den Beklagten bei der Prozeßführung im Heimatland schlechter zu stellen, als wenn die Heimatgerichte der Klägerin entschieden hätten.

Diese letzte Entscheidung unterscheidet sich erheblich von den beiden zuerst erwähnten Urteilen. Veranlaßten in den ersten Entscheidungen den österreichischen Richter dem Wesen des Grenzrechtes entspringende Zweckmäßigkeitsgedanken zur Anwendung deutschen Rechts, so in der letzten das Ziel, den österreichischen Beklagten nicht schlechter zu stellen, als wenn er in Deutschland geklagt hätte. Das ist materielle Reziprozität oder Retorsion. Zur Ehre der österreichischen Gerichtsbarkeit muß aber sofort erwähnt werden, daß dies der einzige mir im Laufe dieser Untersuchung bekannt gewordene Fall einer Retorsion gegenüber Deutschland ist, während sich alle sonstigen Urteile scharf von dem Retorsionsgedanken abwenden.

Eine Entscheidung, die äußerlich gesehen auch hierher gehört, ist die des Obersten Gerichtshofes vom 4. 10. 1932.[1] Der Fall liegt aber ungewöhnlich: Die Kindeseltern sind deutsche Staatsangehörige und hatten ihren Wohnsitz zur Zeit der Geburt des Kindes in Deutschland. Der Kindesvater verlegte seinen Wohnsitz nach Jugoslavien, die Mutter nach Österreich. Bis 1925 waren deutsche Gerichte mit der Vormundschaft über das uneheliche Kind der Parteien befaßt. Die Vormundschaft war dann von den deutschen auf österreichische Gerichte übertragen worden, nachdem die uneheliche Mutter ständigen Wohnsitz in Österreich genommen hatte. Sie beantragte als Vormund des unehelichen Minderjährigen, den in Jugoslavien wohnenden unehelichen deutschen Vater zur Leistung eines Unterhalts von 250 S. anzuhalten, da der Minderjährige als Besucher der Technischen Hochschule nicht selbsterhaltungsfähig sei. Sie wollte also das den Vater weiterhin verpflichtende österreichische Recht angewendet wissen.

[1] SZ. Bd. 14 Nr. 191.

Das Gericht gelangt bei der Frage, welches Recht anzuwenden sei, auf § 7 ABGB. und macht sich bei der Entscheidung nach natürlichen Rechtsgrundsätzen die Meinung Walkers zu eigen, daß „das einmal maßgebend gewordene Recht — das deutsche — auch für die Zukunft maßgebend bleiben soll."[1] Danach finde deutsches Recht Anwendung, das die Alimentationsverpflichtung mit der Vollendung des 16. Lebensjahres enden ließe. Diese Regelung verstoße nicht gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten, denn beide Gesetze verfolgten übereinstimmend den Zweck, den Kindesvater zur Unterhaltsleistung bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit anzuhalten. Diese nehme Deutschland mit Vollendung des 16. Lebensjahres an, der Minderjährige wisse damit von vornherein, mit welchen Leistungen er zu rechnen habe und könne seine Berufswahl darauf einstellen.

Der Oberste Gerichtshof billigte diese Entscheidung der unteren Instanz und führte dazu noch aus, die Möglichkeit der Festsetzung der Höhe des Unterhalts im außerstreitigen Verfahren nach § 16 Teilnovelle I begründe zwar die Zuständigkeit des inländischen Pflegschaftsgerichts zum Verfahren, führe aber nicht zur Anwendung des inländischen materiellen Rechts. Die Uebertragung der Pflegschaftsgeschäfte an das inländische Gericht könne nicht zu einer Erweiterung der aus dem materiellen Recht fließenden Rechte oder Verbindlichkeiten des im Ausland wohnhaften Verpflichteten führen.

Diese Entscheidung ist zweckentsprechend und billig. Eine gegenteilige Entscheidung würde der Gesetzesumgehung Tür und Tor öffnen. Die Entscheidung tritt aber nach ihrem Tatbestand aus den Kreis der hier zu erörternden Entscheidungen heraus, da der Richter bereits ein Recht vorfand, nach dem der Unterhaltsanspruch des Kindes lange Zeit hindurch ausgerichtet worden war.

Diese aus Nützlichkeitserwägungen geborenen Entscheidungen, die sich auf § 7 ABGB. stützen, stehen jedoch vereinzelt da. Ueberwiegend folgen die Entscheidungen der anderen Strömung, die sich auf die Bestimmung des § 33 ABGB. stützt.

In diesen im Einzelnen noch aufzuführenden Entscheidungen kommt zum Ausdruck, daß der österreichische Richter nur dann ausländisches Recht anzuwenden habe, wenn ihm das Gesetz dazu eine Anweisung erteile. Diese Anweisung fehle auf diesem Gebiete, da §§ 34 bis 37 ABGB. nicht anwendbar seien. Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch erteile dem österreichischen Richter in § 33 vielmehr die Anweisung, die Fremden ebenso zu behandeln, wie die Einheimischen mit der Folge, daß die §§ 163 und 166 ABGB auf die fremden Kinder ebenso an-

[1] Walker, S. 814 ff.

wendbar seien wie auf österreichische Kinder.[1] Den Bestimmungen des inländischen Rechts komme ein zwingender Charakter zu, da es sich um Familienrechtsnormen handele, die auf sittlicher Grundlage beruhten. Auf die Staatsangehörigkeit der Beteiligten und auf den zufälligen Zeugungsort komme es dagegen nicht an.

Allein mit der Begründung, daß den Fremden gem. § 33 ABGB. gleiche Rechte und Verbindlichkeiten zuständen, hat der k. k. Oberste Gerichtshof[2] in einem Falle, wo die Mutter Österreicherin, der Vater Deutscher war und die Zeugung im Auslande stattgefunden hatte, österreichisches Recht angewandt.

In einem Falle, wo Zweckmäßigkeitserwägungen die Anwendung des § 7 ABGB. gerechtfertigt hätten, hat der Oberste Gerichtshof trotzdem unter Berufung auf § 33 österreichisches Recht angewendet. Sämtliche Beteiligten waren Italiener. Trotzdem hat das Gericht ausgeführt,[3] § 33 ABGB. gebiete die Anwendung österreichischen Rechts. Da es sich um einen Anspruch familienrechtlicher Art handele, der sittlicher Grundlage sei, müsse das um Schutz angerufene österreichische Gericht auch österreichisches Recht anwenden, ohne Rücksicht auf Staatsbürgerschaft und ohne Bedachtnahme, wie in einem gleichen Falle österreichische Staatsbürger im Ausland behandelt würden.

Mit Recht weist Walker bei der Besprechung dieser Entscheidung darauf hin, daß in der Begründung, die die sittliche Grundlage des familienrechtlichen Anspruchs und die damit unverzichtbare Anwendung österreichischen Rechts an die Spitze stellt, der Gedanke einer Vorbehaltsklausel durchschimmert. Es ist in der Tat nichts anderes als die Erklärung, daß die Anwendung fremden Rechts auf dem Gebiete des Familienrechts den sittlichen Anschauungen Österreichs widerspricht, daß daher nicht fremdes, sondern eigenes Recht zur Anwendung gebracht werden soll.

In den nächsten beiden Fällen sind sämtliche Beteiligten Deutsche, der Beischlaf hat in Deutschland stattgefunden, der Oberste Gerichtshof hat in beiden Fällen österreichisches Recht angewandt.

In der Entscheidung vom 14. 1. 1913[4] hatten die unteren Instanzen wie der k. k. Oberste Gerichtshof in der oben zitierten Entscheidung vom 22. 10. 1903[5] gem. § 7 ABGB. den Entstehungsakt und den Entstehungsort einer Verpflichtung für deren Beurteilung für maßgeblich erklärt und hatten deutsches Recht angewendet. Der Oberste Gerichtshof macht den unteren Instanzen in der vorliegenden Entscheidung aber den

---

[1] Diese Gleichbehandlung der Inländer mit Deutschen wird besonders hervorgehoben in Art. 1 des Vertrages über „Rechtsschutz und Rechtshilfe zwischen dem deutschen Reiche und der Republik Österreich", RGBl. II 1924 S. 55 ff.

[2] E. vom 2. 12. 1903 Gl. U. Bd. 40 Nr. 2505.

[3] E. vom 1. 3. 1905, Gl. U. Bd. 42 Nr. 2973.

[4] Gl. U. Bd. 50 Nr. 6250.

[5] S. 33 dieser Arbeit.

Vorwurf, daß sie sich auf Deliktstatbestand gestützt hätten, während die Verpflichtung in Wahrheit dem Familienrecht angehöre. Er fährt dann fort:

„In Sachen des Familienrechts kann es sich überhaupt nur darum handeln, wie weit die inländische Rechtsordnung die zwangsweise Durchführung sittlicher Pflichten gestattet. Kommen daher solche in Betracht, so erscheint es auch mit Rücksicht darauf, daß die Familienrechtsnormen, die auf sittlicher Grundlage beruhen und vielfach zwingender Natur sind, ausgeschlossen, daß der Richter auf diesem Rechtsgebiet seiner Beurteilung ein fremdes Gesetz zur Grundlage nehme."

Daher, so folgert das Gericht, müßten die Verbindlichkeiten des außerehelichen Erzeugers nach den Rechtsnormen des Ortes beurteilt werden, an dem im Inland geklagt werde.

Mit derselben Begründung unter Zuziehung des § 33 ABGB. wandte der Oberste Gerichtshof auch in seiner Entscheidung vom 23. 9. 1914[1] österreichisches Recht an.

Eine interessante Entscheidung des Obersten Gerichtshofes ist die vom 19. 2. 1924[2], die besonders im Hinblick auf die oben erwähnte Entscheidung vom 2. 3. 1915[3], wo dem Gericht der Vorwurf der Retorsion gemacht werden mußte, beachtlich ist. Die Revision hatte hier die Hinweise auf Art. 21 EGBGB. und die Tatsache, daß die deutsche Klägerin vor österreichischen Gerichten besser gestellt sei als vor ihren Heimatgerichten, als Revisionsbegründung geltend gemacht, mit denen der Oberste Gerichtshof seine Entscheidung vom 2. 3. 1915 mitbegründet hatte.

Mit Entschiedenheit wird dieses Revisionsvorbringen vom Obersten Gerichtshof in der hier vorliegenden Entscheidung zurückgewiesen und erklärt, daß § 33 ABGB. den Fremden die gleichen Rechte gewähre wie den Inländern. Diese Auffassung entspreche auch allein der im Verhältnis zum deutschen Reich bestehenden formellen Gegenseitigkeit. Die gegenteilige Auffassung würde die in § 33 ABGB. abgelehnte materielle Gegenseitigkeit bedeuten. Daß der Ausländer unter Umständen im Inlande günstiger gestellt sein könnte als im Heimatstaat, ändere daran nichts, das liege vielmehr an der Verschiedenartigkeit der Rechtsgestaltung. § 163 ABGB. habe zwingenden Charakter, er binde Inländer und Ausländer, soweit sie vor österreichischen Gerichten stünden.

Eine bei Frankenstein[4] zitierte Entscheidung findet sich im Journal de droit international (Clunet) Bd. 75 S. 741 vom 11. Juni 1929, worin es sich um eine deutsche Mutter, ein Kind, das in Deutschland

---

[1] Gl. U. Bd. 51 Nr. 7040.
[2] SZ. Bd. 6 Nr. 66.
[3] S. 33 dieser Arbeit.
[4] Bd. 4 S. 120 Anm. 135.

erzeugt und geboren ist, und um einen österreichischen Vater handelt. Der Oberste Gerichtshof hat österreichisches Recht angewendet. Es heißt dort in den Gründen:

„La cour suprême maintient son point de vue exprime dans l'arrêt SZ VI, 66, que pour l'établissement de la paternité et la demande d'entretien, le droit autrichien doit être appliqué dans le cas d'une instance en recherche de paternité dirigée contre un Autrichien devant un tribunal autrichien, bien que l'enfant soit né en Allemagne d'une mère allemande et soit lui-même de nationalité allemande."

Diese Entscheidung erwähne ich hier besonders deshalb, weil Frankenstein sie als Beispiel dafür anführt, daß die Unterhaltspflicht in Österreich nach allgemeinen Prinzipien primär dem Statut des Vaters unterstehe. In der Entscheidung handelt es sich zwar um einen österreichischen Beklagten; aber nicht seiner österreichischen Staatsangehörigkeit wegen wendet das Gericht österreichisches Recht an, sondern, wie die ausdrückliche Verweisung auf die oben angeführte Entscheidung vom 19. 2. 1924[1] zeigt, nur deshalb, weil der Rechtsstreit vor einem österreichischen Gericht durchgeführt worden ist. Die Ansicht Frankensteins, die österreichische Rechtsprechung wolle in dem von ihm mitgeteilten Falle dem Statut des Vaters folgen, beruht daher auf einem Irrtum.

Schließlich sei noch die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 20. Mai 1930[2] angeführt, wo es sich um eine deutsche Mutter handelt, die in Deutschland von einem gewöhnlich in Österreich lebenden Ungarn ein Kind empfangen hat. Ganz grundsätzlich wird in dieser Entscheidung ausgeführt, daß der österreichische Richter nur dann ausländisches Recht anzuwenden habe, wenn er durch inländisches Gesetz auf dieses verwiesen werde. Das treffe für den vorliegenden Fall nicht zu, da §§ 35 bis 37 mit ihrer Verweisung auf ausländisches Recht nicht in Betracht kommen könnten, weil sie nur Rechtsgeschäfte zum Gegenstand hätten und die Zeugung eines Kindes kein Rechtsgeschäft, sondern eine rechtserzeugende Handlung sei. Da der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes familienrechtlicher Natur sei, finde auch § 34 ABGB. keine Anwendung. Wenn aber für das Familienrecht das Territorialprinzip nicht gelte, so habe der österreichische Richter über die daraus entspringenden Ansprüche ausschließlich nach österreichischem Recht zu erkennen und zwar ohne Rücksicht auf den zufälligen Ort des Geschlechtsverkehrs und auf die Staatsbürgerschaft der Beteiligten. Den Bestimmungen des inländischen Rechts komme auch zwingender Charakter zu, da nach § 33 ABGB., der auf dem Grundsatz der formellen Reziprozität beruhe, die Fremden gleiche Rechte und Pflichten treffe wie die Einheimischen, also ein Kind fremder Staatsangehörigkeit gleich

[1] S. 38 dieser Arbeit.
[2] Jur. Blätter 1930 S. 451.

einem inländischen außerehelichen Kinde die Bestimmungen der §§ 163, 166 ABGB. für sich in Anspruch nehmen könne. Für eine Anwendung fremden Rechts, auch nur in Analogie, sei daher kein Raum.

Aus der angeführten Rechtsprechung, die aus den amtlichen Sammlungen und den Veröffentlichungen der deutschsprachlichen juristischen Literatur geschöpft worden ist, ergibt sich, daß die österreichische Praxis grundsätzlich vor österreichischen Gerichten österreichisches Recht anwendet. Die wohl begründeten Ausnahmen, die wir im Anfang dieses Abschnitts kennen gelernt haben, sind Entscheidungen, die dem Zweck der Sache gerecht werden wollten. Solche Entscheidungen werden wiederkehren, ohne jedoch die grundsätzliche Rechtsprechung vor der Hand zu ändern.[1]

Anzuführen zum österreichischen Recht ist noch, daß auch hier trotz Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung der Vorbehalt zugunsten des ordre public besteht. Diese Vorbehaltsklausel ist eben für jede Rechtsordnung unentbehrlich[2]. Welchen Sinn und Umfang der ordre public nach österreichischer Auffassung etwa hat, läßt sich an der Bestimmung des § 81 Z. 4 der Exekutionsordnung nachweisen, wonach die Bewilligung der Zwangsvollstreckung eines ausländischen Erkenntnisses zu versagen ist, wenn „vermittels der Exekution oder der begehrten Exekutionshandlung ein Rechtsverhältnis zur Anerkennung oder ein Anspruch zur Verwirklichung gelangen soll, welchem durch das inländische Gesetz im Inlande aus Rücksichten der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit die Gültigkeit oder Klagbarkeit versagt ist." Kriterium ist die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit. Das deckt sich etwa mit dem in Art. 30 EGBGB. gesteckten Ziel und enthält auch die Forderung nach einer möglichst engen Auslegung der Vorbehaltsklausel.

Die Frage der Verweisung kann bei der geschilderten Stellungnahme der österreichischen Rechtsprechung nicht akut werden. Das kollisionsrechtliche Prinzip des österreichischen Rechts heißt ja nicht die lex fori allgemein anzuwenden, so daß darin etwa eine Rückverweisung auf das Recht des urteilenden Gerichts gefunden werden könnte; aus den angeführten Entscheidungen ergibt sich vielmehr mit Deutlichkeit der einschränkende Grundsatz, daß vor österreichischen Gerichten österreichisches Recht angewendet werden soll. Mit der positiven Bestimmung des Inlandsrechtes als anwendbarem Recht bleibt kein Raum für Verweisung oder Rückverweisung.

In den als Ausnahmen von dem allgemeinen Prinzip geschilderten Fällen kann man aber davon ausgehen, daß die Gerichte bei ihrer

---

[1] So auch Veith im Handwörterbuch Bd. 4 Abschnitt 8 S. 430 Z. 7. AA. die Besprechung der Entscheidung SZ. Bd. 14 Nr. 191 im Sonderheft 1934 Nr. 8 S. 973.

[2] Walker S. 252, Ehrenzweig Bd. I S. 90.

Entscheidung nach natürlichen Rechtsgrundsätzen nur auf die Sachnormen abzielten. Wenn schon ein österreichischer Richter einen eindeutigen Sachverhalt aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Recht des Staates unterstellt, dem alle Beteiligten angehören, so will er der Natur der Sache folgend das materielle Recht des Staates angewendet wissen.

C) Die Schweiz:

Bei der Darstellung des internationalen Privatrechts der Schweiz läßt sich ein kurzer Überblick über den geschichtlichen Werdegang der Gesetzgebung der Schweiz nicht umgehen.

Wie Beck[1] berichtet, stand die Gesetzgebung sowohl über Privatrecht als auch über das internationale Privatrecht nach einem Bundesvertrage von 1815 den einzelnen Kantonen zu. Zur Behebung der interkantonal bemerkbar werdenden Kollisionen, besonders auf dem Gebiete des Eherechts, wurden überkantonale Einzellösungen versucht, bis dann die Verfassung von 1874 dem Bunde die Ermächtigung zu einer allgemeinen Regelung des interkantonalen und internationalen Privatrechts gab. Auf Grund dieser Ermächtigung wurde das „Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter" vom 25. Juni 1891 geschaffen (abgekürzt: NAG.). Das Gesetz[2] trifft Bestimmungen auf dem Gebiete des Personen-, Familien- und Erbrechts und enthält überwiegend interkantonales Recht. Nur in einem kurzen 2. Titel regelt es die zivilrechtlichen Verhältnisse der Schweizer im Ausland und in einem noch kürzeren 3. Titel die zivilrechtlichen Verhältnisse der Ausländer in der Schweiz, wo es sich in Art. 32 darauf beschränkt, die entsprechende Anwendung der interkantonalen Vorschriften auf Ausländer, die ihren Wohnsitz in der Schweiz haben, anzuordnen.

Nachdem der Bund im Jahre 1898 die Kompetenz zur einheitlichen Regelung des gesamten Zivilrechts erhalten hatte, wurden verschiedentlich Versuche unternommen, mit der Schaffung des Zivil-Gesetz-Buches — ein einheitliches Obligationenrecht besteht in der Schweiz seit 1881 — auch das internationale Privatrecht neu zu regeln. Eine solche Neuregelung mußte besonders deshalb notwendig erscheinen, weil das vorhandene NAG. ja hauptsächlich das nach der Schaffung eines einheitlichen Zivilrechts überflüssig gewordene interkantonale Recht enthielt und das internationale Privatrecht nur behelfsweise geregelt hatte. Man ging aber ebenso wie in anderen Ländern mit einer gewissen Scheu an diese Arbeit, schob die endgültige Neuregelung auf und beschloß, vorläufig das durch die Art. 7a bis 7i ergänzte NAG. weiter gelten zu lassen. Man bestimmte daher in Art. 59 Abs. 1 des Schlußtitels zum Zivil-Gesetzbuch:

[1] Gmür-Beck Bd. 5 S. 50 ff.
[2] Bei Beck S. 110 ff.

„Das Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891 bleibt für die Rechtsverhältnisse der Schweizer im Auslande und der Ausländer in der Schweiz, und soweit kantonal verschiedenes Recht zu Anwendung kommt, in Kraft."

Das NAG. ist damit zur Hauptquelle des internationalen Privatrechts der Schweiz auf dem Gebiete des Personen-, Familien- und Erbrechts geworden, ergänzt durch einige Bestimmungen des Zivilgesetzbuches, von denen für die hier zu behandelnde Frage besonders Art. 313 von Wichtigkeit ist.

Wie bei der Darstellung des materiellen Rechts gezeigt worden war, kennt die Schweiz die Anerkennung des unehelichen Kindes mit Standesfolgen und die reine Unterhaltsklage ohne Standesfolgen. Die vorliegende Arbeit hat sich mit der reinen Unterhaltsklage zu befassen und hat zunächst festzustellen, welche Bestimmungen des NAG. dem schweizerischen Richter das auf die Unterhaltsklage anzuwendende Recht weisen.

Auf der Suche nach besonderen Bestimmungen werden in Lehre und Rechtsprechung die Art. 8 und 9 NAG. auf ihre Anwendbarkeit untersucht, obwohl die Überschrift „Familienstand" über Art. 8 und „Elternrechte" über Art. 9 von vornherein andeuten, daß beide Artikel andere Fragen als die Unterhaltspflicht des außerehelichen Erzeugers regeln wollen.

In der Tat wird die Anwendbarkeit beider Artikel auf die Alimentationsklage abgelehnt. Artikel 8 deshalb, weil er, wie seine Überschrift besagt, den Familienstand einer Person, insbesondere die Frage der ehelichen oder unehelichen Geburt, Anerkennung oder Adoption behandelt. Art. 8 setzt also eine Statusklage voraus, kann aber keine Anwendung auf die reine Unterhaltsleistungsklage finden, die lediglich auf die Gewährung von Unterhalt ausgeht, ohne den Familienstand überhaupt zu berühren.

In Übereinstimmung mit der deutschen Rechtsauffassung ist die Alimentationsklage im schweizerischen Recht eine reine Leistungsklage. Auch im schweizerischen Recht hat allerdings der bei der Darstellung des deutschen internationalen Privatrechts erwähnte Streit bestanden, ob die Frage der Abstammung von dem als Vater in Anspruch genommenen Beklagten eine Vorfrage selbständiger Bedeutung sei, die eigenen Regeln — hier also dem Art. 8 — folge, oder ob sie lediglich die Bedeutung eines Motivs für die Verurteilung habe. Diese Frage ist zugunsten letzterer Meinung eindeutig entschieden worden. In einer Entscheidung des Bezirksgerichts Bremgarten[1], die vom Obergericht des Kantons Aargau gebilligt worden ist, heißt es:

[1] Schw. JZ. Bd. 12 S. 250, Bd. 19 S. 156 ff.

„Im besonderen ist darauf hinzuweisen, daß die vorliegende Klage, obwohl sie in einem besonderen Begehren die Feststellung der Vaterschaft des Beklagten verlangt, keine Veränderungen der Standesverhältnisse bezweckt; denn in diesem Falle besitzt die Feststellung der Vaterschaft, wie das Bundesgericht wiederholt ausgesprochen hat, keine selbständige rechtliche Bedeutung, sondern hat lediglich die Bedeutung eines Motivs für die Verurteilung des Beklagten zu Geldleistungen an die außereheliche Mutter oder an deren Kind."

Auch Art. 9 NAG. ist auf die Unterhaltsklage nicht anwendbar. Art. 9 behandelt die Unterstützungspflicht zwischen Verwandten. Diese Bestimmung setzt nach der oben zu Art. 8 angeführten Entscheidung des Bezirksgerichts Bremgarten aber wenigstens ein auf Zusprechung mit Standesfolgen beruhendes verwandtschaftliches Verhältnis voraus.[1]

Nachdem diese speziellen Normen des NAG. auf die Unterhaltsverpflichtung des außerehelichen Vaters keine Anwendung finden konnten, schöpfte Lehre[2] und Rechtsprechung[3] ihre Erkenntnis aus den allgemeinen Vorschriften in den Art. 1 und 2 NAG.

Art. 1 lautet:

„Die personen-, familien- und erbrechtlichen Bestimmungen des Civilrechts eines Kantons finden auf die in seinem Gebiet wohnenden Niedergelassenen und Aufenthalter aus anderen Kantonen nach Maßgabe der Vorschriften der folgenden Artikel Anwendung."

Art. 2 lautet:

„Wo dieses Gesetz nicht ausdrücklich den Gerichtsstand der Heimat vorbehält, unterliegen die Niedergelassenen und Aufenthalter in Bezug auf die in Artikel 1 erwähnten civilrechtlichen Verhältnisse der Gerichtsbarkeit des Wohnsitzes."

Wie schon erwähnt, finden diese interkantonalen Bestimmungen auch auf privat-internationalrechtliche Fälle Anwendung. Die dahingehende Bestimmung ist in Art. 32 niedergelegt:

Art. 32 lautet:

„Die Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes finden auf die Ausländer, welche in der Schweiz ihren Wohnsitz haben, entsprechende Anwendung."

Die Schweiz stellt es somit auf den Wohnsitz ab. Mit Recht weist Beck[4] auf das Unvollkommene dieser Lösung hin, da der als Anknüpfungspunkt gewählte Wohnsitzbegriff selbst ein privatrechtlicher Begriff ist, der auch wieder der Anknüpfung bedarf. Die Frage der Qualifikation dieses Begriffes ist tatsächlich schwierig und hat zu verschiedenartigen Lösungsversuchen Anlaß gegeben.

---

[1] Schw. ZZ. Bd. 19 S. 156 ff., ebenso BGE. Bd. 39 (2) S. 499 ff.
[2] Silbernagel zu Art. 307 ZGB., Kaiser S. 301, Stauffer zu Art. 2 NAG. Z. 4 S. 45/46.
[3] Siehe die später zit. Entscheidungen, bes. die grundl. E. des BG. Bd. 39 (2) Nr. 89.
[4] Vorbem. zu Art. 59 Z. 14.

Mit Beck[1] wird zu trennen sein, ob der Schweizer Richter allein die Frage zu beantworten hat, ob die Partei einen Wohnsitz in der Schweiz hat, oder ob auch die weitere Frage beantwortet werden soll, wo im Ausland die Partei Wohnsitz hat. Soll der schweizerische Richter die Frage entscheiden, ob eine Partei ihren Wohnsitz in der Schweiz hat, so ist es natürlich, daß er allein das schweizerische Recht darüber entscheiden lassen kann, auch wenn die Partei Ausländer ist. Es liegt in der Gebietshoheit eines Landes einbegriffen, darüber Regeln aufzustellen, unter welchen Voraussetzungen ein Wohnsitz in diesem Lande begründet wird. Die Souveränität dieses Landes erfordert die Anwendung eigener Regeln bei der Beantwortung dieser Frage.

Bei der Prüfung des Wohnsitzes kommen nach schweizerischer Rechtsanschauung nicht die Art. 3 und 4 NAG. zur Anwendung, sondern die neueren Art. 23 ff. ZGB., da die Bestimmungen des NAG. gegenüber dem ZGB. nur soweit in Kraft geblieben sind, soweit das ZGB. eine abweichende Regelung nicht getroffen hat.[2] Wenn der schweizerische Richter nach Art. 23 ZGB. festgestellt hat, daß die Partei Wohnsitz in der Schweiz hat, so schließt diese Feststellung nach Art. 23 Abs. 2 ZGB. zugleich die Möglichkeit eines weiteren Wohnsitzes aus. Ein Wohnsitz im Auslande wird also solange nicht anerkannt, als die Partei einen Wohnsitz in der Schweiz hat.

Bei der Frage, nach welchem Recht der Wohnsitz im Auslande zu beurteilen ist, haben sich, wie Beck[3] berichtet, drei Meinungen gebildet: Nämlich, daß auch der Wohnsitz im Drittstaate nach der materiellen lex fori und nicht nach dem Recht des betreffenden Staates selbst beurteilt werden soll; nach der von Zitelmann und Egger vertretenen Ansicht soll das Recht des Staates angewendet werden, wo sich der Wohnsitz angeblich befindet, und eine dritte Ansicht will das Heimatrecht anwenden.

Das Bundesgericht und andere schweizerischen Gerichte haben den Wohnsitz geprüft, ohne anzugeben, welches Recht sie angewendet haben. Die Gerichte stellen einfach fest, daß die Partei in irgendeinem Staat „gewohnt habe".[4] Eine Festlegung erscheint nötig; da die Qualifikation hier von untergeordneter Bedeutung ist, soll die Erörterung nur kurz erfolgen. Ich werde mich bei der Behandlung der Frage auf die von Beck erwähnten Vertreter der Lehrmeinungen beschränken.

Kahn als ein Vertreter der Ansicht, daß in jedem Falle die lex fori bei der Bestimmung des Wohnsitzes angewendet werden müsse, begründet das mit der schon anfangs angedeuteten privatrechtlichen Eigenschaft des Wohnsitzbegriffes. Er meint, der Internationalisierungsprozeß müsse ein-

---

[1] Vorbem. zu § 59 Z. 17 ff.
[2] Beck Vorbem. zu Art. 59 Z. 16, Egger zu Art. 59 Z. 33, Kaufmann S. 453.
[3] Vorb. zu Art. 59 Z. 31.
[4] So die E. des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt vom 2. 3. 1917 in Schw. JZ. Bd. 15 S. 154, und das BG. in den von Beck mitgeteilten Entscheidungen.

mal ein Ende haben und zwar da, wo der Wohnsitz als ein Rechtsverhältnis auftrete, das nach irgendeinem territorialen Begriff bestimmt werden müsse. Um nicht in den circulus vitiosus zu gelangen, könne das Domizil nur nach dem Recht des urteilenden Landes bestimmt werden.[1]

Die Bedenken, die Kahn zur Anwendung der lex fori treiben, sind also rein dogmatischer Art. Praktischer sind die Argumente, die Zitelmann und Egger für ihre Ansicht erbringen, daß das Gesetz des Staates angewendet werden müsse, wo sich der Wohnsitz angeblich befinde. Zitelmann[2] erklärt, daß Wohnsitz in einem Staate haben bedeute, „daß eine Person in diesem Staate vom Standpunkt der Rechtsordnung gerade dieses Staates aus Wohnsitz hat". Nach dem Rechte dieses Staates sei daher auch die Frage, ob die Person in diesem Staate Wohnsitz habe, zu beurteilen.[3]

Ebenso entscheidet Egger[4], daß es nach dem Recht des Staates, in dem sich der Wohnsitz befinden soll, abzustellen sei, sobald feststehe, daß die Partei in der Schweiz keinen Wohnsitz habe. Egger begründet seine Ansicht damit, daß jeder Staat den Wohnsitz nach seinem eigenen Recht beurteilt und daß nur durch Anwendung dieses Rechtes der sonst denkbare Fall vermieden werden könne, daß nach der lex fori das dortige Recht für anwendbar erklärt werde, obwohl es nach eigenem nicht anwendbar ist, wobei vorauszusetzen ist, daß der Anknüpfungspunkt in beiden Rechten der Wohnsitz ist und die Nichtanwendbarkeit inländischen Rechts sich nur aus der Divergenz des Wohnsitzbegriffes ergibt.

Der von Zitelmann und Egger vertretenen Ansicht muß man sich m. E. anschließen. Sie nimmt Rücksicht auf die Hoheitsbefugnisse der Staaten und führt zu dankbaren Ergebnissen.

Ungerechtfertigt erscheint mir die Ansicht, den Wohnsitz nach Heimatrecht zu beurteilen. Nehmen wir den Fall, daß ein Deutscher seinen Wohnsitz in Österreich hat, sich in der Schweiz aufhält und verklagt wird. Welche Gründe sollten es rechtfertigen, daß der Richter in der Schweiz nach deutschem Recht prüft, ob der Deutsche in Österreich Wohnsitz hat?

Der auf die Vaterschaftsklage als familienrechtliche Leistungsklage für anwendbar erklärte Art. 2 Abs. 1 NAG. bestimmt, daß die Niedergelassenen und Aufenthalter der Gerichtsbarkeit des Wohnsitzes unterliegen sollen. Aus dieser allgemeinen Formulierung ergeben sich bei der praktischen Anwendung viele Fragen, die denn auch die im folgenden angeführte Rechtsprechung, auf der auch die Lehre fußt, zu beantworten sucht.

---

[1] Abhandlungen z. IPR. Bd. I S. 61 ff., bes. S. 66.
[2] Bd. I S. 179.
[3] Bd. I S. 179.
[4] Vorbem. zu Art. 59 Z. 34.

Als grundsätzliche Entscheidung, die bereits eine der angedeuteten Fragen erörtert, ohne sie allerdings zu beantworten, muß die Entscheidung des Bundesgerichts vom 2. 10. 1913[1] angesprochen werden. Diese Entscheidung soll deshalb ausführlicher erwähnt werden, zumal sehr viele spätere Entscheidungen auf sie verweisen. Es handelt sich um die Vaterschaftsklage einer in der Schweiz domizilierten Ausländerin gegen einen ebenfalls in der Schweiz domizilierten Ausländer.

Das Bundesgericht hat zunächst, da es sich um in der Schweiz niedergelassene Ausländer handele, gem. Art. 59 Schl. T. die Anwendbarkeit des NAG. bejaht. Denn die Vaterschaftsklage des Zivilgesetzbuches sei, obwohl auf Geldleistung gehend, keine obligationenrechtliche, sondern eine familienrechtliche Leistungsklage, auf die somit Art. 1 NAG. zutreffe. Da sodann die Vaterschaftsklage keine Statusklage sei, somit Art. 8 NAG. nicht anwendbar sei, und die Vaterschaftsklage wegen Fehlens eines verwandtschaftlichen Verhältnisses auch die Voraussetzungen des Art. 9 NAG. nicht erfülle, so bleibe nur die allgemeine Bestimmung des Art. 2 NAG., wonach die Niedergelassenen und Aufenthalter hinsichtlich ihrer familienrechtlichen Verhältnisse der Gerichtsbarkeit und, wie stets angenommen würde, auch dem materiellen Recht des Wohnsitzstaates unterlägen.

Notgedrungen mußte sich das Bundesgericht die weitere Frage vorlegen, an welchen Wohnsitz anzuknüpfen sei, an den der Klägerin oder des Beklagten. Das Bundesgericht erwähnt denn auch diese Frage, läßt aber die Antwort dahingestellt sein, da beide Parteien dasselbe Personalstatut hatten. Die weitere Frage, ob der Wohnsitz zur Zeit der Schwängerung, der Geburt oder etwa der Klageerhebung maßgebend sein soll, findet in dieser Entscheidung keine Erwähnung. Die Entscheidung ist damit nicht vollständig.

Die letztere Frage wird in der Entscheidung des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 2. 3. 1917[2] beantwortet, wobei im übrigen auf die vorzitierte Entscheidung des Bundesgerichts verwiesen wird. Das Appellationsgericht stellt es auf den Wohnsitz zur Zeit der Zeugung ab. Durch die Zeugung werde die künftige Vaterschaft begründet, und mit diesem Zeitpunkt sei nach Art. 308 ZGB. schon das Klagerecht gegen ihn existent geworden. Durch die Wahl des Wohnsitzes zur Zeit der Zeugung werde weiter verhindert, daß die Parteien durch willkürliche Wahl des Wohnsitzes einseitig das für die Vaterschaftsklage örtlich anwendbare Recht bestimmen könnten.[3] Nun hatten die Parteien anfangs in Deutschland, und dann in der Schweiz gewohnt und Geschlechtsverkehr gehabt. Das Gericht hat aber die Einwendung des Beklagten,

[1] Bd. 39 (2) Nr. 89 S. 499 ff.
[2] Schw. JZ. Bd. 15 S. 154.
[3] Ebenso BGE. vom 15. 9. 1915, Bd. 41 (2) S. 423 ff.

daß er bei der Möglichkeit, daß das Kind in Deutschland oder in der Schweiz gezeugt worden sei, die Anwendbarkeit des deutschen als des günstigeren Rechts verlangen könne, mit der Erklärung zurückgewiesen, daß es diesen Zeitpunkt, weil die Rechtsanwendung davon abhänge, selbständig und von Amtswegen aus dem aktenmäßigen Tatbestand bestimmen müsse, und hat schweizerisches Recht angewendet.

Die Frage, ob das Personalstatut der Klägerin oder des Beklagten entscheidend sein soll, ist aber immer noch nicht geklärt.

Auf diese Frage gibt die Entscheidung des Bundesgerichts vom 22. 10. 1919[1] Antwort. Nach Ausführungen grundsätzlicher Art wie in der Entscheidung des Bundesgerichts in Bd. 39 (2)[2] stellt das Bundesgericht fest, daß der Wohnsitz des Beklagten entscheidend für die Rechtsanwendung sein müsse. Dies sei, ohne daß es des Zurückgehens auf allgemeine Grundsätze des internationalen Privatrechts bedürfe, schon daraus zu entnehmen, daß Art. 2 NAG. die Frage des in materieller Beziehung anwendbaren Rechts mit der nach dem Gerichtsstand zusammenfallen lasse, indem es aus der Unterwerfung unter den Gerichtsstand des Wohnsitzes auch diejenige unter das materielle Wohnsitzrecht folgen lasse. Da von einem solchen „Unterworfensein" unter einen Gerichtsstand nur auf der Seite des Beklagten die Rede sein könne, so ergebe sich daraus als notwendiger Schluß, daß „da, wo wie hier eine einseitige ex lege an eine bestimmte Tatsache sich knüpfende Verpflichtung des Beklagten den Streitgegenstand bilde, auch *sein* Wohnsitz und nicht der der Klagepartei für die Bestimmung des anwendbaren Rechts entscheidend sei."[3]

Für diese Fälle, die von Art. 32 NAG. und damit von Art. 2 NAG. getroffen werden, ist die Frage mit der als feststehend zu bezeichnenden Rechtsprechung also dahin gelöst worden, daß für das anwendbare Recht bei der Vaterschaftsklage der Wohnsitz des Beklagten zur Zeit der Beiwohnung maßgebend sein soll.

Allein durch das Bundesgesetz über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter wird nur ein Teil der vorkommenden Fälle erfaßt. Wie in Art. 32 bestimmt wird, findet das NAG. nur Anwendung auf Ausländer, die in der Schweiz ihren Wohnsitz haben. Zwischen dieser Bestimmung und der gleichlautenden in Art. 2 besteht ein Unterschied, der in einer Entscheidung des Obergerichts des Kantons Aargau vom 26. März 1915[4] anscheinend verkannt worden ist. Während Art. 2, wie eben ausgeführt, das anwendbare Recht von

---

[1] Bd. 45 (2) Nr. 75 S. 507.
[2] S. 46 dieser Arbeit.
[3] Ebenso E. des Bez.-Gerichts Bremgarten in Schw. JZ. Bd. 19 S. 156 ff. In der E. des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. 10. 1914 ist noch offengelassen, ob der Zeitpunkt der Schwängerung *oder* Niederkunft ausschlaggebend sein soll.
[4] Schw. JZ. Bd. 12 S. 250 ff.

dem Wohnsitz des Beklagten zur Zeit der Zeugung abhängig macht trifft Art. 32 eine Bestimmung über die Vorfrage, ob nämlich das Gesetz und damit dessen Art. 2 überhaupt anwendbar ist. Es wird dort bestimmt, daß es nur auf Ausländer Anwendung finden soll, die in der Schweiz Wohnsitz haben. Nun darf man nicht, wie es das Obergericht des Kantons Aargau tut, annehmen, daß auch hier wie bei Art 2 Wohnsitz in der Schweiz zur Zeit der Zeugung erforderlich sei, sondern hier kann dem Zweck der Vorschrift entsprechend, eine materielle Gesetzeszuständigkeit zu begründen, nur der Wohnsitz zur Zeit der Klageerhebung maßgebend sein. Der schweizerische Richter wird also bei der Klageerhebung prüfen, ob eine Partei Ausländer mit derzeitigem Wohnsitz in der Schweiz ist und wird zutreffendenfalls das NAG. anwenden. Erst bei der Prüfung des anwendbaren Rechts tritt der Wohnsitz zur Zeit der Zeugung als Kriterium auf.

Das Obergericht des Kantons Aargau hat dagegen in der zitierten Entscheidung die Anwendbarkeit des NAG. deshalb abgelehnt, weil beide Parteien zur Zeit der Schwängerung Wohnsitz in ihrem Hämatstaat gehabt hätten.

Trotzdem zeigt diese Entscheidung, daß das NAG. bei seiner selbst auferlegten Beschränkung nicht alle Fälle treffen kann. Überall da, wo Ausländer beteiligt sind, die nicht Wohnsitz in der Schweiz haben, ist das NAG. nicht anwendbar. Es wird daher zu untersuchen sein, wie der schweizerische Richter in diesen nicht durch das NAG. erfaßten Fällen zu entscheiden hat.

In der eben erwähnten Entscheidung war, wenn auch wohl irrig, die Nichtanwendbarkeit des NAG. angenommen worden. Sie muß daher auch über die weitere Behandlung des Problems Auskunft geben.

Die Entscheidung verdient wörtlich angeführt zu werden. Nachdem dort festgestellt worden ist, daß beide Parteien zur Zeit der Schwängerung ihren Wohnsitz in ihrem Heimatstaat gehabt hätten und der Beklagte erst nachher in die Schweiz gezogen sei, wird dort folgendes ausgeführt:

„Die Frage der Rechtsanwendung für diesen Fall ist also durch das genannte Bundesgesetz nicht geregelt und durch das angeführte bundesgerichtliche Urteil nicht präjudiziert, sondern selbständig zu prüfen.

2. Hierzu ist vorab festzustellen, daß, wie schon bemerkt, zur Zeit der Schwängerung und auch noch zur Zeit der Geburt des Kindes beide Parteien ihren Wohnsitz im deutschen Reich hatten; die Frage, ob es auf den Wohnsitz im Zeitpunkt der Zeugung oder der Niederkunft ankomme, ist somit für den vorliegenden Fall gegenstandslos, ebenso die Frage, ob es auf das Personalstatut des Beklagten oder der Klägerin abzustellen sei, insofern sie in jenen beiden Zeitpunkten dasselbe Personalstatut hatten. Und daß einer dieser Momente und nicht etwa die Klageanhebung maßgebend sei, wird gegenwärtig von

der Doktrin und Praxis des internationalen Privatrechts allgemein anerkannt. Denn das der Vaterschaftsklage zugrunde liegende Rechtsverhältnis wird entweder durch die Zeugung oder durch die Geburt begründet."

Ohne es ganz klar auszudrücken, folgt das Gericht mangels anderer positiver Vorschriften der allgemeinen Doktrin und Praxis des internationalen Privatrechts. Die Ermächtigung zu einer derartigen Rechtsprechung schöpft der schweizerische Richter aus Art. 1 ZGB., wonach er bei Fehlen von positiven und gewohnheitsrechtlichen Bestimmungen nach Regeln entscheiden soll, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, wobei er „bewährter Lehre und Überlieferung" folgen soll.

In der Entscheidung wird also auch für die nicht durch das NAG. erfaßten Fälle die Regelung, die das NAG. trifft, als in der international privatrechtlichen Praxis ständig geübt bezeichnet und damit der Grundsatz des NAG. auf alle Fälle internationaler Verknüpfung, von einer noch zu schildernden Ausnahme abgesehen, für anwendbar erklärt. Diese Lösung entspricht nur dem Werdegang des Gesetzes. Ursprünglich nur für die Regelung interkantonaler Streitigkeiten gedacht, wuchsen die Verhältnisse über diesen engen Rahmen hinaus und machten eine großzügigere Regelung notwendig. Was lag näher, als den engen Rahmen des Gesetzes zu sprengen und den bewährten Grundsatz des Gesetzes für alle Fälle gelten zu lassen?

Von diesem Grundsatz hat die schweizerische Rechtsprechung aber eine Ausnahme gebildet, die erst durch eine neuere Entscheidung des Bundesgerichts beseitigt worden ist:

Eine Entscheidung des Cour de justice de Genève vom 19. 12. 1930[1] hat sich mit folgendem Sachverhalt beschäftigt: Der uneheliche Vater ist Schweizer mit dem Wohnsitz in Genf, die uneheliche Mutter ist Französin mit Wohnsitz in Frankreich. Sie hat in Frankreich geboren. Daraus folgt, daß das NAG. seinem Wortlaut nach nicht anwendbar ist, da es sich nicht um einen in der Schweiz niedergelassenen Ausländer handelt, sondern um einen Inländer und eine Ausländerin mit Wohnsitz im Auslande.

Die erste Instanz hat dieselben Erwägungen angestellt, ist dann aber zur Anwendung schweizerischen Rechts mit folgender Begründung gekommen:

„Elle" (zu ergänzen „la demande"), „n'a pour objet que les prestations pécuniaires et dans ces conditions, par le jeu des articles 1,2 et 32 de la dite loi, le droit suisse serait applicable même si Schroeter était Francais puisqu'il est domicilié à Genève; à plus forte raison, la cause doit-elle être jugée en application de ce droit si le defendeur est suisse, ce qui paraît être le cas?"

[1] In Semaine judiciaire, Journal des Tribunaux, Genève, Bd. 53 S. 211 ff.

In dieser Entscheidung wird also durch argumentum a minore ad maius die Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts gefolgert: Wenn der Beklagte Franzose wäre, würde wegen seines Wohnsitzes in der Schweiz schweizerisches Recht Anwendung finden müssen. Um wieviel mehr gerechtfertigt ist es, dieses Recht anzuwenden, wenn der Beklagte Schweizer mit Wohnsitz in der Schweiz ist. Man wird dem Kern der Sache näher kommen, wenn man negativ sagt, daß es das Gericht nicht zulassen zu können glaubt, daß aus der Tatsache, daß der Beklagte Schweizer ist, die Nichtanwendung des Heimatrechtes folgen soll, welches man einem Fremden unter gleichen Bedingungen gewähren müßte.

Weniger tief geht der Cour auf die Frage des anwendbaren Rechts ein. Ganz allgemein lautet es da:[1]

„Ainsi que le tribunal fédéral l'a jugé en la cause Z. c. R. 22. X. 1919 (Journal 1920 p. 172), une action de cette nature est soumise aux dispositions de la L. F. sur les rapports de droit civil et en vertu de la règle général édictée par son art. 2, c'est la loi du domicile du defendeur que lui est applicable.

Comme Schroeter est Suisse et de plus domicilié en Suisse c'est la loi suisse qui régit le fond du litige en tant que lex fori."

Das Gericht geht nicht auf die Frage ein, warum es das NAG. trotz entgegenstehendem Wortlaut anwendet. Befremdlich ist außerdem die Begründung für die Anwendung schweizerischen Rechts. Nachdem vorher in Anwendung des Art. 2 NAG. festgestellt war, daß das Recht des Wohnsitzes des Beklagten für den Rechtsstreit maßgebend sei, fährt das Gericht fort: „Da Schroeter Schweizer ist und außerdem noch in der Schweiz domiziliert ist . . ." Es ist nicht ersichtlich, warum das Gericht die Staatsangehörigkeit des Beklagten für die Anwendbarkeit des schweizerischen Recht verantwortlich machen will, wo doch das schweizerische Recht grundsätzlich an den Wohnsitz anknüpft. Wie wichtig zu nehmen diese Feststellung aber ist, beweist die Wiedergabe des Ergebnisses vorliegender Entscheidung in der Schw. ZZ.,[2] wo es heißt:

„Art. 2, 34. Wird von einer im Ausland wohnenden Ausländerin gegen einen in der Schweiz wohnenden Schweizer eine Vaterschaftsklage erhoben, die lediglich auf Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen abzielt, so ist hierauf schweizerisches Recht anzuwenden . . ."

Die, wie überall, so auch in der Schweiz bestehende Tendenz dieser Rechtsprechung auf Schweizer ganz unabhängig von den sonstigen Regeln, nur schweizerisches Recht anzuwenden, geht besonders aus einer Entscheidung des Appellationsgerichts des Kantons Bern vom 30. 1. 1925[3]

[1] S. 214/15.
[2] Bd. 27 S. 346.
[3] Schw. ZZ. Bd. 21 S. 244.

hervor, wo eine sehr weite Auslegung des Art. 313 ZGB. zur Anwendung des schweizerischen Rechts führt.

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Deutsche bezeichnet einen Schweizer als Vater ihres Kindes, der während der kritischen Zeit in Deutschland Wohnsitz hatte und mit ihr verkehrt hat. Sie und ihr außereheliches Kind verlangen zur Durchführung der Vaterschaftsklage das Armenrecht.

Nachdem das Gericht seine Zuständigkeit bejaht hatte, fährt es fort:

„Die Vaterschaftsklage, selbst die bloß auf die Verurteilung zur Bezahlung von Alimenten gerichtete, ist nach schweizerischer Auffassung familienrechtlicher Natur. Bei der Frage nach dem anwendbaren Recht muß deshalb der Ort der Begründung einer derartigen Verpflichtung in den Hintergrund treten. Dementsprechend bestimmt denn auch Art. 313 ZGB.:

„Gegen einen Schweizer, der im Auslande wohnt, kann die Klage, wenn Mutter und Kind ebenfalls im Auslande ihren Wohnsitz haben, beim Richter seines Heimatortes angebracht werden."

Damit wird nicht etwa bloß hinsichtlich des Gerichtsstandes dem Heimatprinzip gehuldigt, sondern es muß, obschon eine ausdrücklich dahingehende Bestimmung fehlt, angenommen werden, der schweizerische Gesetzgeber wolle, eben weil eine familienrechtliche Verpflichtung in Frage steht, die lex patriae auch in materieller Beziehung angewendet wissen.

Kommt aber dergestalt, sofern nur in der Schweiz geklagt wird und der Beklagte Schweizer ist, schweizerisches Recht selbst dann zur Anwendung, wenn der Schwängerer sowohl zur Zeit der Beiwohnung, als auch zur Zeit der Klageerhebung im Ausland wohnte, so muß dies a fortiori auch dann der Fall sein, wenn der als Vater Angesprochene wenigstens im letzten Zeitpunkt in seiner Heimat Domizil hat. Im übrigen können dann dem Gesetz auch keinerlei Anhaltspunkte entnommen werden, daß Art. 313 etwa bloß dann zur Anwendung käme, wenn auch Mutter und Kind Schweizer sind. Diese Regelung entspricht denn auch der Tendenz des Gesetzgebers, die Ausländer in der Ausübung und im Schutze der Rechte auf civilrechtlichem Gebiet den Inländern möglichst gleichzuhalten."

Diese Entscheidung ist bemerkenswert. Wenn man berücksichtigt, daß die Schweiz in Gesetzgebung und Rechtsprechung an das Statut des Wohnsitzes anknüpft und dabei ganz einheitlich den Standpunkt vertritt, daß der Wohnsitz des Beklagten zur Zeit der Zeugung für die Rechtsanwendung maßgebend sein soll. Wenn man weiter berücksichtigt, daß Art. 313 und ebenso Art. 312 ZGB. reine Zuständigkeitsvorschriften sind, mit dem Zweck, Mutter und Kind auch dann die Klagemöglichkeit

zu geben, wenn der uneheliche Vater sich seiner Verpflichtung durch die Flucht ins Ausland entzieht.[1] Wenn man dies berücksichtigt, so wird der Charakter dieser Entscheidung als reiner Zweckentscheidung offenbar.

Die folgerichtige Durchführung des in dieser Entscheidung zum Ausdruck kommenden Gedankenganges würde zu dem Ergebnis führen, daß bei jeder Alimentationsklage, die in der Schweiz gegen einen Schweizer erhoben wird, schweizerisches Recht Anwendung findet.

Dieser Ansicht ist Stauffer[2], der seinen Standpunkt damit begründet, daß die Rücksichtnahme auf ausländisches Recht dann entfalle, wenn der Beklagte Schweizer sei. Voraussetzung hierfür ist natürlich, daß die Klage in der Schweiz erhoben worden ist. Stauffer hält dieses Ergebnis auch für richtig, weil familienrechtliche Verhältnisse in Frage ständen. Silbernagel[3] beschränkt sich darauf, die Entscheidung ohne eigene Stellungnahme mitzuteilen.

So hatte auch das Obergericht des Kantons Schaffhausen entschieden. Das Bundesgericht hat aber dieser Rechtsprechung, die bereits Eingang bei den schweizerischen Gerichten gefunden hatte, ein Ende bereitet. In seiner Entscheidung vom 24. 3. 1927[4] hat es auf die Klage eines unehelichen Kindes einer Österreicherin gegen einen Schweizer österreichisches Recht angewandt, weil der Beklagte und die Mutter des Klägers zur Zeit der Schwängerung in Österreich gewohnt haben. Damit hat das Bundesgericht der Bestimmung des Art. 313 ZGB. den Charakter einer Kollisionsnorm abgesprochen und die ihr eigene Bedeutung zurückgegeben, in besonderen Fällen die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte zu begründen.

Es hat auch alle anderen Versuche, die Anwendung schweizerischen Rechts bei Vaterschaftsklagen gegen Schweizer zuzulassen, zurückgewiesen. Vielmehr hat es erklärt, wenn es für die Bestimmung des anzuwendenden Rechts auf den Wohnort des Beklagten zur Zeit der Schwängerung abgestellt werde, so gelte für das Rechtsverhältnis der außerehelichen Vaterschaft eines Schweizers, welcher im Zeitpunkt der Schwängerung seinen Wohnsitz im Ausland gehabt habe, wie überhaupt für die familienrechtlichen Verhältnisse der Schweizer, welche im Ausland ihren Wohnsitz hätten, daß diese Schweizer dem Recht (und dem Gerichtsstand) der Heimat nur dann unterständen, wenn sie nicht nach Maßgabe der ausländischen Gesetzgebung dem ausländischen Recht unterworfen seien (Art. 28 NAG.).

Damit ist die von den Obergerichten erstrebte Ausnahme für Schweizer vom Bundesgericht nicht anerkannt worden.

---

[1] Silbernagel zu Art. 313 Z. 1.
[2] Zu Art. 2 NAG. Z. 6 und zu Art. 28 Z. 6.
[3] Zu Art. 313 Z. 6.
[4] GZ. Bd. 53 (2) S. 89 ff.

Es ergibt sich im geltenden internationalen Privatrecht der Schweiz folgendes Bild:

a) Handelt es sich um eine Vaterschaftsklage, bei der eine Partei in der Schweiz niedergelassener Ausländer ist, so findet gemäß Art. 32 in Verbindung mit Art. 2 NAG. das Recht des Wohnsitzes der beklagten Partei zur Zeit der Zeugung Anwendung.

b) Der Wohnsitz der beklagten Partei zur Zeit der Zeugung ist in Befolgung allgemein geltender Regeln auch dann für die Rechtsanwendbarkeit maßgebend, wenn keine der Parteien in der Schweiz niedergelassener Ausländer ist.

Diese allgemeinen Regeln finden auch im Gegensatz zu früheren Entscheidungen unter Berufung auf Art. 28 NAG. auf schweizerische Beklagte Anwendung.

Auch im schweizerischen Recht ist der Vorbehalt zugunsten schweizerischer Gesetze in Theorie und Praxis anerkannt,[1] obwohl das schweizerische Recht keine ausdrückliche Vorschrift des ordre public enthält. Im schweizerischen Recht läuft der Vorbehalt auf die Frage hinaus, ob die betreffende Vorschrift des schweizerischen Rechts, die durch ausländisches Recht ersetzt werden würde, „als eine um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellte Bestimmung aufzufassen sei."[2] Der Inhalt der schweizerischen Vorbehaltsklausel ist damit derselbe wie in den übrigen Rechten. Über das Erfordernis einer möglichst engen Auslegung des Begriffs „öffentliche Ordnung" besteht auch in der Schweiz Einigkeit. Es kann daher auf das bei der Darstellung des Art. 30 EGBGB. zu diesem Punkt Gesagte verwiesen werden.

Eine Bestimmung, die für die Regelung der Verweisung auf dem hier behandelten Gebiet wichtig ist, ist Art. 28 NAG., der mit der Titelüberschrift „Die civilrechtlichen Verhältnisse der Schweizer im Ausland" wie folgt lautet:

„Soweit nicht Staatsverträge besondere Bestimmungen enthalten, gelten für die personen-, familien- und erbrechtlichen Verhältnisse der Schweizer, welche im Ausland ihren Wohnsitz haben, folgende Regeln:

1. Sind diese Schweizer nach Maßgabe der ausländischen Gesetzgebung dem ausländischen Recht unterworfen, so erstreckt sich die Anwendung des ausländischen Rechtes nicht auf ihre in der Schweiz gelegenen Liegenschaften; es gilt vielmehr in Bezug auf solche Liegenschaften das Recht und der Gerichtsstand des Heimatkantons.

---

[1] Beck Vorbem. zu Art. 59, Z. 67 ff. und die dort zitierten Entscheidungen des Bundesgerichts, Gieseker-Zeller JZ. Bd. 14 S. 135 und die grundsätzl. Ausführungen Kahns und Zitelmanns S. 28 dieser Arbeit.

[2] So BGE. zitiert bei Beck, Vorbem. zu Art. 59 Z. 72 und Z. 76 ff.

2. Sind diese Schweizer nach Maßgabe der ausländischen Gesetzgebung dem ausländischen Rechte nicht unterworfen, so unterstehen sie dem Recht und dem Gerichtsstand des Heimatkantons."

Grundsätzlich stehen die Schweizer im Ausland auch nach schweizerischer Auffassung unter fremden Recht, wenn dieses sich die Schweizer unterwirft. Wie aber Stauffer[1] ausführt, muß die von dem fremden Recht ausgesprochene Unterwerfung unbedingt sein. Stauffer hebt hervor, daß diese Feststellung besonders gegenüber der Vorschrift des Art. 27 EGBGB. wichtig sei. Die Bestimmung des deutschen Rechts sei nämlich nicht unbedingt, sondern lediglich Aushilfsnorm, um Kollisionen zu verhindern, die dadurch entstehen könnten, daß der Heimatstaat das nach deutschem Recht anwendbare Heimatrecht selbst nicht angewendet wissen wolle. Dies könne man von der Bestimmung des Art. 28 NAG. nicht behaupten, denn Art. 28 sei selbst nur eine Aushilfsnorm mit dem gleichgerichteten Ziele wie Art. 27 EGBGB. Daher enthalte Art. 28 NAG. in Wirklichkeit keine Verweisung auf deutsches Recht im Sinne des Art. 27 EGBGB.

Auf der anderen Seite ergibt sich, worauf Beck[2] richtig hinweist, aus Art. 28 NAG. eine Zulassung der Rückverweisung. Falls das ausländische Recht auf Grund des Heimatprinzips die Schweizer sich nicht unterwirft, nimmt das schweizerische Recht diese Rückverweisung auf und wendet eigenes Recht an.

Im übrigen herrscht über die Zulassung der Verweisung und Rückverweisung derselbe Streit wie auch in Deutschland. Grundsätzlich ist beides in der Schweiz anerkannt, und es soll in jedem Einzelfalle einer Prüfung des Zwecks der in Frage stehenden Bestimmung überlassen bleiben, ob sie als Verweisung allein auf das materielle Recht oder auch auf das Kollisionsrecht des fremden Staates aufzufassen ist.[3] Maßgeblich ist dabei der Wille des Gesetzes, wobei man von den allgemein international privatrechtlichen Regeln auszugehen haben wird, daß ein Staat unter Wahrung seiner Autorität nicht unnötig in fremde Rechtsverhältnisse eingreifen will.

---

[1] Zu Art. 28 Z. 3.
[2] Vorbem. zu Art. 59 Z. 102 S. 87.
[3] Dazu eingehend Beck, Vorbem. zu Art. 59 Z. 97 ff.

III. Teil:

Darstellung der Kollisionsfälle.

Bei der Darstellung der möglichen Kollisionsfälle, d. h. der Anwendung der im zweiten Teil der Arbeit gewonnenen Ergebnisse auf konkret gebildete Fälle, ergibt sich das zu wählende System der Darstellung aus der Sache selbst. Wie schon in der Einleitung gesagt, sind die Kollisionsnormen nationales Recht, das sich an den Richter des eigenen Landes richtet, um ihm aus einem Zusammentreffen mehrerer Rechtsordnungen den Weg zu weisen, der zur Anwendung eines dieser Rechte führt. Daraus, daß der Richter jeden Fall mit internationaler Verknüpfung zunächst nach den Weisungen des Heimatrechtes — eben der Kollisionsnormen — zu behandeln hat, ergibt sich, daß bei der Erfassung der Fälle Ausgangspunkt der folgenden Untersuchung der Gerichtsstand bilden muß. Die Frage lautet also: Wie behandelt der deutsche, der österreichische, oder der schweizerische Richter denselben Sachverhalt?

Dabei kann gleich darauf hingewiesen werden, daß auch bei der größten Verschiedenartigkeit der Fälle der österreichische Richter regelmäßig zu demselben Ergebnis kommen wird. Bei dem grundsätzlichen Standpunkt der österreichischen Rechtsprechung, vor österreichischen Gerichten bei der Vaterschaftsklage nur österreichisches Recht anzuwenden, wird weder auf das Personalstatut der Parteien noch auf Zeugungs- oder Niederkunftsort Rücksicht genommen. Jede vor österreichischen Gerichten anhängig gemachte Vaterschaftsklage unterliegt österreichischem Recht. Von den Fällen, in denen österreichische Gerichte ausnahmsweise das Heimatrecht angewendet haben, darf hier abgesehen werden, nachdem im vorangegangenen Teil der Arbeit unter C. gezeigt worden ist, daß es sich dabei um einzelstehende Versuche handelt, einer eindeutigen international-privatrechtlichen Lage gerecht zu werden. Obwohl nicht verkannt wird, daß solche berechtigten Entscheidungen immer wieder gefällt werden können, werden sie bei der eindeutigen Tendenz der gegenwärtigen österreichischen Rechtsprechung doch Einzelerscheinungen bleiben, auf die lediglich hinzuweisen genügt.

Weiter ist vorauszuschicken, daß die Zuständigkeit der als forum gewählten Gerichte unterstellt wird, sei es, daß der beklagte Ausländer seinen Wohnsitz im Lande des angerufenen Gerichts hat, oder daß Vorschriften besonderer Art — wie zum Beispiel Art. 312, 313 ZGB. — die Zuständigkeit des Gerichts begründen.

Die Darstellung der einzelnen Fälle wird in der Weise vorgenommen werden, daß 1) ein deutsches, 2) ein österreichisches und 3) ein schweizerisches Kind als Kläger vor den Gerichten der drei Länder gegen Angehörige der drei Staaten auftritt, wobei Unterfälle zu bilden sind, soweit das Verfahren vor schweizerischen Gerichten in Frage steht. Bei dieser systematischen Abhandlung der Fälle lassen sich manchmal Wiederholungen im Ergebnis nicht vermeiden. Dies soll aber gegenüber dem Vorteil, auf diese Weise sämtliche möglichen Kollisionsfälle zu erfassen, in Kauf genommen werden.

I. A. 1. Fall: Das uneheliche Kind einer deutschen Staatsangehörigen klagt vor einem deutschen Gericht gegen einen österreichischen Staatsangehörigen.

Nach Art. 21 EGBGB. hat der deutsche Richter das Heimatrecht der Mutter zur Zeit der Geburt anzuwenden. Das ist nach unserer Unterstellung deutsches Recht. Probleme gibt es in diesem Falle, wo nach deutschem Kollisionsrecht deutsches materielles Recht Anwendung findet, nicht. Der österreichische Vater befindet sich in einer günstigeren Lage als bei Anwendung seines Heimatrechtes. Er kann die exceptio plurium concumbentium geltend machen und darf mit einer zeitlich begrenzten Unterstützungspflicht rechnen. Der zweite Halbsatz des Art. 21 EGBGB. greift hier nicht ein. Er schützt nur deutsche Väter, aber nicht deutsche Kinder.

I. A. 2. Fall: Das uneheliche Kind einer deutschen Staatsangehörigen klagt vor einem deutschen Gericht gegen einen Angehörigen der Schweiz:

Dieser Fall unterscheidet sich im Ergebnis nicht von dem eben geschilderten. Der deutsche Richter wendet gem. Art. 21 EGBGB. deutsches Recht als das Heimatrecht der Mutter zur Zeit der Geburt an.

I. B. Das Kind einer deutschen Staatsangehörigen klagt vor einem österreichischen Gericht:

Wie schon im Eingang zu diesem Abschnitt erwähnt, findet in jedem Falle österreichisches Recht als lex fori Anwendung.[1]

---

[1] Gl. U. Bd. 40 Nr. 2505
„ „ 42 „ 2973
„ „ 50 „ 6250

I. C. 1. Fall: Das uneheliche Kind einer deutschen Staatsangehörigen klagt vor einem Gericht in der Schweiz gegen einen deutschen Staatsangehörigen:

In diesem Falle muß, um die Zuständigkeit des schweizerischen Gerichts zu begründen, eine Partei in der Schweiz Wohnsitz haben. Damit findet das NAG. direkte Anwendung[1] und nach Art. 2 ist der Wohnsitz des Beklagten zur Zeit der Zeugung für die Rechtsanwendung maßgebend.

a) Hatte der Beklagte zur Zeit der Zeugung Wohnsitz in Deutschland, so findet demnach deutsches Recht Anwendung. Auch bei Rücksichtnahme auf die grundsätzliche Anerkennung der Verweisung und Rückverweisung durch die Schweiz ergibt sich nichts besonderes. Die Kollisionsnorm des deutschen Rechts verweist ja auf die Staatszugehörigkeit der Mutter zur Zeit der Geburt. Da die Mutter nach unserer Unterstellung Deutsche sein soll, findet auch nach deutschem Kollisionsrecht das deutsche materielle Recht Anwendung.

Das bedeutet in Abweichung vom schweizerischen Recht, daß die Klage auch entgegen Art. 308 ZGB. noch nach Ablauf eines Jahres seit der Geburt des Kindes angebracht werden kann. Denn die materiellrechtliche Natur des Art. 308 ZGB. ist in allen Entscheidungen hervorgehoben, und es ist dabei betont worden, daß Art. 308 ZGB. bei Anwendung ausländischen Rechts nicht in Wirksamkeit treten kann.[2] Wie in der Entscheidung des Bundesgerichts vom 15. 9. 1915[3] gesagt wird, ist Art. 308 ZGB. auch keine Vorschrift, die der öffentlichen Ordnung wegen aufgestellt worden ist, so daß Art. 308 ZGB. bei Anwendung ausländischen Rechts keine herüberschattende Wirkung äußert. An den übrigen unwesentlichen Abweichungen ist das schweizerische Recht nicht interessiert, zumal Inländer am Rechtsstreit nicht beteiligt sind.

b) Hatte der Beklagte zur Zeit der Zeugung Wohnsitz in Österreich, so findet österreichisches Recht Anwendung. Als wichtigste Folge österreichischer Rechtsanwendung ergibt sich die Nichtzulassung der exceptio plurium durch den beklagten deutschen Staatsangehörigen. Doch hier greift der ordre public nach schweizerischer Rechtsauffassung ein. Nach einer Entscheidung

---

[1] Siehe S. 53 der Arbeit.

[2] Obergericht des Kantons Aargau vom 26. 3. 1915 in Schw. JZ. Bd. 12 S. 250 ff. BGE. vom 15. 9. 1915 Bd. 41 (2) S. 423 ff. Ober-Ger. d. Kantons Zürich vom 21. 10. 1914 in Schw. JZ. Bd. 11 S. 192, Silbernagel zu Art. 308 Z. 23.

[3] Bd. 41 (2) S. 424, Silbernagel zu Art. 308 Z. 25.

des Appellationsgerichts Baselstadt[1] vom 7. 12. 1920 ist Art. 314 Abs. 2 ZGB. um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt worden und daher auch anzuwenden, wenn die Sache grundsätzlich nach ausländischem Recht zu entscheiden ist.[2] In diesem grundsätzlichen Standpunkt des Gerichts liegt das absolute Verbot, einen Rechtssatz anzuwenden, der diese exceptio nicht gewährt. Es ist also gleich, ob die Inlandsbeziehung mehr oder weniger stark ist. Der Ausschluß der exceptio durch österreichisches Recht wird daher auch in diesem Falle, wo die einzige Inlandsbeziehung in der Anrufung des schweizerischen Gerichts besteht, nicht gutgeheißen werden. Insofern wird schweizerisches Recht angewendet, das die exceptio plurium gibt.[3]

Eine weitere einschneidende Folge der österreichischen Rechtsanwendung ist die Verurteilung zu Unterhaltsleistungen bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit. Auch dies steht mit der schweizerischen Rechtsauffassung nicht im Einklang. Im Gegensatz zu der exceptio kann man aber in diesem Falle von einer Verletzung der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit deshalb nicht sprechen, weil zumindestens eine genügend starke Inlandsbeziehung fehlt. Wenn auch vielleicht vom schweizerischen Standpunkt die Verurteilung eines Schweizers zu derartig unbeschränkter Unterhaltspflicht nicht zu billigen ist, so ist doch nicht ersichtlich, inwiefern in dem vorliegenden Falle die öffentliche Ordnung gestört sein soll.[4] Es berührt die schweizerische öffentliche Ordnung nicht, wenn ein deutscher Staatsangehöriger in einem Rechtsstreit gegen ein deutsches Kind unter Anwendung österreichischen Rechts zu Unterhaltsleistungen bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit verurteilt wird.[5]

Sonstige Abweichungen wesentlicher Art, die die Anwendung des ordre public rechtfertigen könnten, bestehen zwischen dem schweizerischen und österreichischen Recht nicht.

c) Hatte der Beklagte zur Zeit der Zeugung Wohnsitz in der Schweiz, so findet schweizerisches Recht Anwendung, d. h. lex fori.

---

[1] Schw. JZ. Bd. 18 S. 193.

[2] Dagegen ist nach der BGE. vom 24. 3. 1927 in SJZ. Bd. 53 S. 89 ff. die Bestimmung des Art. 315 ZGB. nicht der öffentlichen Ordnung wegen aufgestellt.

[3] Das in diesem Falle gleichlautende deutsche Recht wird der Richter nicht anwenden, da die Wirkung des Vorbehalts zur Anwendung inländischen Rechts führt. Dazu Beck. Vorbem. zu Art. 59 Z. 89.

[4] Dazu Beck Vorbem. zu Art. 59, 81, der bemerkt, daß das Bundesgericht diese Unterscheidung bisher ausdrücklich noch nicht gemacht hat.

[5] Über den Fall, daß ein Schweizer Beklagter ist, siehe S. 67 der Arbeit.

I. C. 2. Fall: Das uneheliche Kind einer deutschen Staatsangehörigen klagt vor einem Gericht in der Schweiz gegen einen österreichischen Staatsangehörigen:

Hier würde die Regelung dieselbe sein wie gegen den deutschen Staatsangehörigen, da vor deutschen Gerichten das Heimatrecht der Mutter, vor österreichischen Gerichten die lex fori und vor schweizerischen Gerichten bei niedergelassenen Ausländern der Wohnsitz zur Zeit der Zeugung maßgeblich ist. Auf die Staatsangehörigkeit des Beklagten stellt es keiner der drei Staaten ab. Da sich in unserer Unterstellung aber nur die Staatsangehörigkeit des Beklagten geändert hat, und alle sonstigen Voraussetzungen dieselben geblieben sind, erhalten wir die gleichen Ergebnisse wie in den eben geschilderten Fällen[1], auf die daher verwiesen werden kann.

Beachtenswert erscheint nur die oft im internationalen Privatrecht zu beobachtende Tatsache, daß der beklagte Österreicher, in der Schweiz verklagt, durch die Wirkung des schweizerischen ordre public bezw. Art. 314 Abs. 2 ZGB. besser fährt, als bei Anwendung österreichischen Rechts in seinem Heimatlande.

I. C. 3. Fall: Das uneheliche Kind einer deutschen Staatsangehörigen klagt vor einem Gericht in der Schweiz gegen einen Angehörigen in der Schweiz:

Nach der bei der Beschreibung der Kollisionsnormen der Schweiz angeführten schweizerischen Rechtsprechung finden vor schweizerischen Gerichten bei der Vaterschaftsklage gegen Schweizer dieselben Regeln wie auch gegen Ausländer Anwendung.[2] Das soeben unter Ziff. 2 Abs. 1 ausgeführte hat daher auch hier Gültigkeit.

II. A. 1. Fall: Das uneheliche Kind einer österreichischen Staatsangehörigen klagt vor einem deutschen Gericht gegen einen deutschen Staatsangehörigen:

Nach der von dem deutschen Richter anzuwendenden Kollisionsnorm des Art. 21 EGBGB. findet das Heimatrecht der Mutter, also österreichisches Recht, Anwendung. Da es sich bei dem Beklagten um einen deutschen Staatsangehörigen handelt, tritt jedoch die Einschränkung des Halbs. 2 des Art. 21 in Wirksamkeit, wonach gegen deutsche[3] Väter nicht weitergehende Ansprüche erhoben werden dürfen, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind. Diese Angleichung an deutsche

[1] S. 57—58 der Arbeit.
[2] S. 45 ff. der Arbeit.
[3] S. 25 ff. der Arbeit.

Grundsätze wird besonders bei Anwendung des österreichischen Rechts fühlbar. Denn wie ausgeführt[1], bezieht sich Art. 21 Halbs. 2 EGBGB. nicht nur auf den Umfang, sondern auch auf die Voraussetzungen des Unterhaltsanspruchs.[2] Dazu gehört die Möglichkeit, die exceptio plurium geltend zu machen; denn nach deutscher Rechtsauffassung ist nur der tatsächliche Erzeuger zur Leistung von Unterhalt verpflichtet. Dem deutschen als Vater in Anspruch genommenen Beklagten wird also die exceptio plurium, die dem österreichischen Recht unbekannt ist, gegeben. Außerdem findet eine Angleichung an deutsche Grundsätze bezügl. des Umfanges des Unterhalts statt. Der deutsche Vater wird nicht zur Leistung von Unterhalt bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes verurteilt, sondern nur bis zu dessen vollendeten 16. Lebensjahr.[3] Dagegen kommen dem deutschen Vater die Vergünstigungen des österreichischen Rechts zugute: Er ist unterhaltspflichtig nur, wenn das Kind mangels eigenen Vermögens oder anderweitigen Unterhalts bedürftig ist. Im übrigen stimmen die beiden Rechte im Ergebnis überein, so daß österreichisches Recht weiterhin Anwendung findet.

II.A.2. Fall: Das uneheliche Kind einer österreichischen Staatsangehörigen klagt vor einem deutschen Gericht gegen einen österreichischen Staatsangehörigen:

Hier findet vorbehaltlos österreichisches Recht Anwendung, ohne daß Art. 21 Halbs. 2 EGBGB. irgendwelche Wirkung äußert, da diese Bestimmung nach herrschender Meinung nur auf deutsche Väter anwendbar ist.[4] Auch Art. 30 EGBGB., wonach die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ausgeschlossen ist, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde, trifft in seinen Voraussetzungen nicht zu. Die österreichische Regelung der Unterhaltsfrage verstößt weder gegen die guten Sitten noch gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes.[5] In einer Zeit, wo selbst in Deutschland die Institution der exceptio plurium als ungerecht empfunden und nach einer besseren Lösung dieser

---

[1] S. 27 der Arbeit.

[2] Außer den oben angeführten Quellen auch LG. Nürnberg im Sonderheft 1930, Nr. 83.

[3] Aus den Entscheidungen des OLG. München im Sonderheft 1928 Nr. 119, des AG. Bielefeld und AG. Gera im Sonderheft 1930 Nr. 80/81 und des LG. Nürnberg im Sonderheft 1930 Nr. 83 ergibt sich, daß die Gesamtbelastung maßgebend ist. Liegt diese nach österreichischem Recht höher, so steht Art. 21 Halbs. 2 entgegen.

[4] LG. Bartenstein im Sonderheft 1930 Nr. 78 S. 164.

[5] OLG. München, Beschluß vom 15. 10. 27 im Sonderheft 1928 Nr. 119.

Frage gesucht wird, kann man nicht behaupten, daß die Durchführung eines Rechtsstreites unter Nichtbeachtung der exceptio gegen die guten Sitten Deutschlands verstoßen sollte. Dies um so weniger, wenn, wie hier, inländische Belange nicht berührt werden.

II.A.3. Fall: Das uneheliche Kind einer österreichischen Staatsangehörigen klagt vor einem deutschen Gericht gegen einen Angehörigen in der Schweiz:

Da vor deutschen Gerichten die Heimatangehörigkeit der Mutter maßgebend ist, ändert sich an dem unter 3. 2 gewonnenen Ergebnis nichts, da sich an der Staatsangehörigkeit der Mutter ebenfalls nichts geändert haben soll. Es findet hier also ebenfalls vorbehaltlos österreichisches Recht Anwendung.

II.B. Fall: Das uneheliche Kind einer österreichischen Staatsangehörigen klagt vor einem österreichischen Gericht:

Nach dem Grundsatz der österreichischen Gerichte, vor österreichischen Gerichten unabhängig von Personalstatut oder anderen Voraussetzungen nur österreichisches Recht als das Recht des Forums anzuwenden, findet in allen Fällen vor österreichischen Gerichten österreichisches Recht Anwendung.

II.C.1. Fall: Das uneheliche Kind einer österreichischen Staatsangehörigen klagt vor einem Gericht in der Schweiz gegen einen deutschen Staatsangehörigen:

Nach der auch hier gültigen Vorbemerkung zu den gleichgelagerten Fällen,[1] in denen ein deutsches Kind klagte, findet Art. 2 NAG. Anwendung und damit ist der Wohnsitz des Beklagten zur Zeit der Zeugung maßgebend für die Rechtsanwendung.

a) Hatte der Beklagte zur Zeit der Zeugung Wohnsitz in Deutschland, so ist deutsches Recht anwendbar.

In diesem Falle wird nun die Frage wichtig, wie sich das schweizerische Recht verhält, ob es lediglich auf die Anwendung des materiellen Rechtes oder auch auf die fremden Kollisionsnormen verweist. Die Absicht des Gesetzes soll aus dem Zweck der Norm entnommen werden.[2] Wo wie hier eine solche Zweckbetrachtung nichts ergibt, setzt der Streit der Meinungen ein.[3] Die einen wollen das materielle Recht anwenden, weil anzu-

[1] S. 57 der Arbeit.
[2] Beck, Vorbem. zu Art. 59 Z. 102 ff.
[3] Beck, Vorbem. zu Art. 59 Z. 103.

nehmen sei, daß der Gesetzgeber die Frage des anwendbaren Rechts selbst habe entscheiden wollen, die anderen bevorzugen die Annahme, daß das Kollisionsrecht, auf das verwiesen ist, anzuwenden sei.

Die letzte Ansicht scheint dem Wesen der Sache näherzukommen. Der schweizerische Gesetzgeber ist, da die Anwendung schweizerischen Rechts nicht in Frage steht, an der Bestimmung des anwendbaren materiellen Rechts nicht interessiert. Er will lediglich Kollisionen vermeiden[1] und muß daher die Frage, welches Recht anwendbar sein soll, irgendwie regeln. Wenn der Staat, dessen Recht nach der in der Schweiz getroffenen Regelung anwendbar sein soll, sein Heimatrecht nicht angewendet wissen will, sondern seinerseits auf ein anderes Recht verweist, so kann die Schweiz diese Verweisung befolgen, ohne irgendwelchen Verlust an Prestige zu erleiden und ohne jemandem wehe zu tun.

Das nach schweizerischem Recht anwendbare deutsche Kollisionsrecht verweist auf das Heimatrecht der Mutter, also auf österreichisches Recht, das damit Anwendung findet. Über die Anwendung österreichischen Rechts vor schweizerischen Gerichten gilt das oben S. 57/58 Gesagte.

b) Hatte der Beklagte zur Zeit der Zeugung Wohnsitz in Österreich, so findet österreichisches Recht Anwendung und zwar das materielle Recht, da Österreich eine Verweisung oder Rückverweisung nicht kennt.[2] Im Ergebnis unterscheidet sich dieser Fall von dem unter a) geschilderten nicht.

c) Hatte der Beklagte zur Zeit der Zeugung Wohnsitz in der Schweiz, so findet schweizerisches Recht vorbehaltlos Anwendung.

II.C.2. Fall: Das uneheliche Kind einer österreichischen Staatsangehörigen klagt vor einem Gericht in der Schweiz gegen einen österreichischen Staatsangehörigen:

Wie schon oben S. 59 ausgeführt, muß dieser Fall im Ergebnis mit dem unter 3. 1 übereinstimmen, weil es bei der Beurteilung vor den deutschen, den österreichischen und den schweizerischen Gerichten nicht auf die Staatsangehörigkeit des Beklagten abgestellt wird, eine Veränderung der Staatsangehörigkeit des Beklagten bei gleichbleibenden Voraussetzungen

[1] Bed, Vorbem. zu Art. 59 3. 102.
[2] S. 40 der Arbeit.

im übrigen also keine Veränderung des Sachverhalts herbeizuführen vermag. Die unter Z. 1 gewonnenen Ergebnisse können also nach hier übertragen werden.

II.C.3. Fall: Das uneheliche Kind einer österreichischen Staatsangehörigen klagt vor einem Gericht in der Schweiz gegen einen Angehörigen der Schweiz:

Wie auf Seite 56 dargestellt unterliegt der schweizerische Beklagte denselben Regeln wie Ausländer, so daß sich die Ausführungen unter Z. 2 oben auch hier verwenden lassen.

III. A.1. Fall: Das uneheliche Kind einer schweizerischen Staatsangehörigen[1] klagt vor einem deutschen Gericht gegen einen deutschen Staatsangehörigen:

Gemäß Art. 21 EGBGB. findet schweizerisches Recht Anwendung. Wie bei der Schilderung des schweizerischen internationalen Privatrechts hervorgehoben worden ist,[2] darf Art. 28 NAG. in Verbindung mit Art. 27 EGBGB. nicht als Rückverweisung im Sinne des Art. 27 EGBGB. aufgefaßt werden. Wie dort zum Ausdruck gebracht worden ist, will Art. 28 NAG. nur Kollisionen vermeiden und nur dann soll auf Anwendung schweizerischen Rechts verzichtet werden, wenn das Auslandsrecht unbedingt angewendet sein will. Eine Rückverweisung liegt also nicht vor, so daß das materielle Recht der Schweiz anzuwenden ist.

Auch hier wirkt Halbsatz 2 des Art. 21 EGBGB., da es sich um einen deutschen Vater handelt. Die materielle Bestimmung des Art. 308 ZGB., wonach die Vaterschaftsklage innerhalb eines Jahres nach der Geburt des Kindes anzubringen ist, wird wohl nicht als weitergehend im Sinne dieser Vorschrift aufzufassen sein. Die Beschränkung der Klagemöglichkeit auf das erste Jahr nach der Geburt ist vielmehr dem Standpunkt des Vaters günstig. Es liegt damit keine Ausdehnung, sondern eine Einschränkung der Belastung des Vaters vor. Die Vorschrift findet daher auch auf Klagen gegen den deutschen Vater Anwendung.

Anders verhält es sich mit dem Begehren auf Aussprechung von Standesfolgen neben der Verurteilung zur Zahlung von Unterhalt. Da in diesen Fällen das Kind wie ein eheliches vom Vater zu unterstützen wäre, würde schon wegen Art. 21 Halbs. 2 EGBGB. diesem Begehren nicht stattgegeben werden.

---

[1] Oder die ebenfalls zur Klage legitimierte Mutter. Siehe S. 19 der Arbeit.
[2] S. 54 der Arbeit.

Schwieriger ist schon die Frage, ob die Erweiterung der Unterstützungspflicht bis zum 18. Lebensjahre anerkannt werden kann, da ausgleichend der Vater nur zu Unterhaltsbeiträgen verpflichtet wird und die Beurteilung, ob tatsächlich ein weitergehender Anspruch vorliegt, nur unter Berücksichtigung aller Umstände vorgenommen werden kann. Eine Entscheidung wird sich hier also erst gewinnen lassen, wenn im Einzelfall die Summe der Beiträge in 18 Jahren mit der Summe der Unterhaltsleistungen nach deutschem Recht in 16 Jahren verglichen werden kann.[1]

Die dem deutschen Vater günstigeren Bestimmungen des schweizerischen Rechts finden mangels entgegengesetzter Vorschrift ebenso Anwendung, so die Begrenzung der Empfängniszeit vom 181. bis 300. Tage und die Bestimmung in Art. 315 ZGB., wonach die Klage schon dann abzuweisen ist, wenn die Mutter um die Zeit der Empfängnis einen unsittlichen Lebenswandel geführt hat. Die Anwendung dieser Bestimmung vor deutschen Gerichten könnte nur durch Art. 30 EGBGB. gehindert werden. Für die Annahme, daß die Anwendung des Art. 315 ZGB. gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde, liegt nichts vor, zumal sich der Gedanke des Art. 315 ZGB. auch in § 1717 Abs. 1. S. 1 zweiter Halbsatz BGB. findet und nur nicht zur Selbständigkeit wie in Art. 315 ZGB. erhoben worden ist.

Auch die Bestimmung des Art. 314 Abs. 2 ZGB., wonach bereits das Beibringen von Tatsachen, die erhebliche Zweifel über die Vaterschaft des Beklagten rechtfertigen, die Vermutung der Vaterschaft zu entkräften vermögen, findet Anwendung. Diese Vorschrift ist eine Bestimmung materieller Art und gehört nicht etwa dem Prozeßrecht an.

III.A.2. Fall: Das uneheliche Kind einer schweizerischen Staatsangehörigen klagt vor einem deutschen Gericht gegen einen österreichischen Staatsangehörigen:

Nach Art. 21 EGBGB. findet schweizerisches Recht Anwendung. Eine Rückverweisung liegt — wie unter Ziffer 1 ausgeführt wurde — nicht vor. Daher findet das schweizerische materielle Recht Anwendung. Der Österreicher kann die exceptio plurium geltend machen.

---

[1] Sonderheft 1930 Nr. 80/81 S. 166 ff.

Fraglich erscheint, ob die Bestimmung des Art. 308 ZGB., deren Anwendbarkeit bei der Klage gegen den deutschen Vater bejaht wurde, hier angewendet werden muß oder vielleicht dem Art. 30 EGBGB. zum Opfer fällt. Der Zweck des Art. 30 ist der, sich nicht vorbehaltlos einem ausländischen Recht auszuliefern, das mit unserer Rechtsanschauung nicht vereinbar ist. Wie sich aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts[1] ergibt, wird zur Anwendbarkeit der Schutzbestimmung des Art. 30 EGBGB. ein erheblicher Verstoß gegen die Grundlagen der deutschen Rechtsanschauung gefordert. Bei der daher notwendigen engen Auslegung des Art. 30 kann man nicht annehmen, Art. 308 ZGB. erfülle die Voraussetzungen des Art. 30. Das schweizerische Recht gewährt der Mutter und dem Kinde die Vaterschaftsklage ebenso wie das deutsche Recht. Die Verwirkungsfrist von einem Jahr ist eine spezielle schweizerische Regelung, die der Ermöglichung eines der Wirklichkeit nahekommenden Ergebnisses dienen möchte, einer Bestrebung, die auch dem deutschen Recht eigen ist. Art. 308 ZGB. ist daher gegen den österreichischen Vater vor deutschen Gerichten anwendbar.

Dieselbe Frage entsteht bei der Vaterschaftsklage, die neben der Zusprechung von Vermögensleistungen auch auf eine Veränderung des Familienstandes hinzielt. Bei dem deutschen Vater genügt Art. 21 Halbs. 2 EGBGB., um die Anwendbarkeit des Art. 323 ZGB. abzulehnen. Greift im vorliegenden Falle Art. 30 EGBGB. ein? Obwohl das deutsche Recht eine Standesklage nicht kennt, verstößt diese doch nicht gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes. Ob ein Recht einer Vaterschaftsklage unter bestimmten Voraussetzungen auch Standesfolgen beimißt oder sie nur als reine Unterhaltsklage gestaltet, erfolgt aus zwar unterschiedlichen, aber nicht so gegensätzlichen Erwägungen, daß beide nicht nebeneinander bestehen könnten. Damit, daß das deutsche Recht es ablehnt, diese Klage gegen deutsche Väter zuzulassen, ist der Abwehr Genüge getan. Dafür, die Klage in Deutschland überhaupt nicht zuzulassen, liegt wegen Fehlens der Voraussetzungen des Art. 30 EGBGB. kein Grund vor. Bei Anwendung schweizerischen Rechts wird daher in den im schweizerischen Recht vorgesehenen Fällen auch eine Verurteilung des österreichischen Vaters mit Standesfolge gem. Art. 323 ZGB. erfolgen können, mit der Folge, daß der uneheliche Vater das Kind wie ein eheliches unterhalten muß.

---

[1] RGEZ. Bd. 93 S. 183, S. 28 der Arbeit.

III. A. 3. Fall: Das uneheliche Kind einer schweizerischen Staatsangehörigen klagt vor einem deutschen Gericht gegen einen Angehörigen der Schweiz:

Hier findet schweizerisches Recht vorbehaltlos Anwendung. Wegen der Verweisung und über das Vorliegen des Art. 30 EGBGB. wird auf die vorhergehenden Ausführungen unter Ziffer 1 und 2 Bezug genommen.

III. B. Fall: Das uneheliche Kind einer Schweizerin klagt vor einem österreichischen Gericht:

Nach der österreichischen Rechtsprechung, bei allen Klagen vor österreichischen Gerichten österreichisches Recht anzuwenden, findet auch hier in allen denkbaren Fällen österreichisches materielles Recht Anwendung.

III. C. 1. Fall: Das uneheliche Kind einer schweizerischen Staatsangehörigen klagt vor einem Gericht in der Schweiz gegen einen deutschen Staatsangehörigen:

Hat der Beklagte Wohnsitz in der Schweiz, so findet das NAG. unmittelbar auf ihn Anwendung. Nach der bei der Darstellung des schweizerischen internationalen Privatrechts zitierten Rechtsprechung[1] wird aber auch dann, wenn der Beklagte nicht in der Schweiz niedergelassen ist, die in Art. 2 NAG. getroffene Regelung als Bestandteil des zur Zeit geltenden internationalen Privatrechts anerkannt und gehandhabt. In beiden Fällen ist also das Recht des Wohnsitzes des Beklagten zur Zeit der Zeugung für die Vaterschaftsklage maßgebend.

a) Hatte der Beklagte zur Zeit der Zeugung Wohnsitz in Deutschland, so findet demnach deutsches Recht Anwendung. In diesem Falle ist die Frage, ob das schweizerische Recht nur auf das materielle Recht oder auch auf das Kollisionsrecht verweist, leicht im letzteren Sinne zu beantworten. Es kann dem schweizerischen Gesetzgeber nicht daran gelegen haben, die Anwendung fremden materiellen Rechts gegen eine Schweizerin vorzuschreiben, wo das fremde Recht selbst nicht angewandt werden will, sondern auf das Heimatrecht der Mutter zurückverweist. Daher wird der schweizerische Richter die Rückverweisung des deutschen Rechts in Art. 21 EGBGB. beachten und das schweizerische Recht als das Heimatrecht der Mutter anwenden. Der vorbehaltlosen Anwendung schweizerischen Rechts in der Schweiz steht nichts im Wege.

---

[1] S. 48 ff. der Arbeit.

b) Hatte der Beklagte zur Zeit der Zeugung Wohnsitz in Österreich, so findet österreichisches Recht, das keine Verweisung kennt, Anwendung. Wie schon unter S. 57 ff. dargestellt worden ist, würde die Nichtanwendung der exceptio plurium gegen den ordre public verstoßen. Dies hier um so mehr, als die Inlandsbeziehung durch Beteiligung einer Schweizerin bedeutend stärker als in dem dort unterstellten Falle ist.

Dagegen wird auch hier die Verurteilung, bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes Unterhalt zu gewähren, erfolgen können. Ganz abgesehen, daß es der schweizerischen Mutter und dem schweizerischen Kinde zugute kommt, ist die Verurteilung zu Unterhaltsleistungen bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes von der Regelung im schweizerischen und deutschen Recht im Ergebnis sicher nicht so verschieden. Zunächst richtet sich die Höhe des Unterhalts nach dem Vermögen des Pflichtigen und nicht nach dem Stand. Liegt hier schon eine gewisse Begrenzung der Leistungen, so wird Treu und Glauben weiter dafür sorgen, daß das Kind alles tun muß, um zu normaler Zeit selbsterhaltungsfähig zu werden. Dies dürfte im Endergebnis mit der Regelung im deutschen und schweizerischen Zivilrecht ziemlich zusammenfallen.

Außer der Bestimmung der exceptio plurium ist also im übrigen österreichisches Recht vorbehaltlos anzuwenden.

c) Hatte der Beklagte zur Zeit der Zeugung Wohnsitz in der Schweiz, so findet vorbehaltlos schweizerisches Recht Anwendung.

III.C.2. Fall: Das uneheliche Kind einer schweizerischen Staatsangehörigen klagt vor einem Gericht in der Schweiz gegen einen österreichischen Staatsangehörigen:

Hier ergeben sich wie schon in den oben beschriebenen gleichgearteten Fällen erwähnt dieselben Ergebnisse wie eben unter 3. 1 gezeigt.

Eine Rückschau auf das Ergebnis der gebrachten Zusammenstellung ist für den, der an der Gleichgestaltung des internationalen Privatrechts arbeitet, betrübend. Es zeigt sich, daß im Grunde genommen jedes Land durch die Einschaltung einer so biegsamen Bestimmung wie des ordre public immer eigenes oder doch eigenem Recht sehr angenähertes Fremdrecht anwendet. Nur in den Fällen, wo eigene Staatsangehörige nicht beteiligt sind, kann man zuweilen die vorbehaltlose Anwendung fremden Rechts beobachten.

IV. Teil:

Anerkennung und Vollstreckung fremder Alimentationsurteile.

Es würde heißen, auf halbem Wege stehen zu bleiben, wollte man nun nicht auch noch das Schicksal der Urteile erfahren. Denn es versteht sich nicht von selbst, daß ein Urteil eines fremden Staates im Inland gegen Inländer vollstreckt wird. Es ergeben sich vielmehr dieselben Fragen wie bei der Anwendung fremden Rechts vor inländischen Gerichten. Handelte es sich dort darum, die Anwendung ausländischen Rechts, das zwingenden Grundsätzen inländischen Rechts entgegensteht, zu verhindern, so muß es sich hier darum handeln, ein Urteil, das unter Anwendung ausländischen Rechts dessen Grundsätze zur Geltung bringt, nur soweit mit der staatlichen Sanktion des Inlandes zu versehen, soweit diese Grundsätze nicht inländischem Recht widersprechen. Es ist also derselbe rechtspolitische Grundsatz an verschiedenen Stellen des Verfahrens angesetzt. Jedes Land wird daher die ausländischen Urteile, die im Inland vollstreckt werden sollen, einer genauen Prüfung unterziehen. Eine kurze Betrachtung der Stellungnahme der drei Länder bezüglich der Anerkennung und Vollstreckung von Alimentationsurteilen soll daher folgen.

Zunächst ist zu erwähnen, daß die im Inland gefällten Urteile gegen Ausländer, die im Inland wohnen, vorbehaltlos vollstreckt werden können. Diese Selbstverständlichkeit verdient erwähnt zu werden, weil sie zeigen soll, daß die Gerichte sich nicht schon bei der Frage der Rechtsanwendung von der mehr oder weniger sicheren voraussichtlichen Vollstreckbarkeit des Urteils im Ausland leiten lassen dürfen.

Soweit die im Inland gefällten Urteile Wirkungen nach dem Ausland zu zeigen vermögen, sind über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile und urteilsähnlicher Gerichtsakte zwischen den hier in Frage stehenden Staaten Verträge abgeschlossen worden.

Besondere Verträge über die Anerkennung und Vollstreckung gerade von Alimentationsurteilen bestehen nicht. Bestrebungen zur Schaffung einer solchen Sonderregelung auf diesem Gebiete haben bestanden.

Silbernagel[1] berichtet, daß ein von ihm ausgearbeiteter Entwurf einer internationalen Übereinkunft für die Vollstreckung von Alimentenurteilen der internationalen Vereinigung für Kinderschutz in Brüssel im Jahre 1925 vorgelegen habe und von dieser an die zuständige Kommission des Völkerbundes weitergeleitet worden sei. Ende März 1926 sei dieser Entwurf zugleich mit einem anderen von Dr. Rothschild im Auftrage des Archivs deutscher Berufsvormünder in Frankfurt a. M. verfaßten Entwurfs auf Schaffung eines internationalen Abkommens für Festsetzung der Kollisionsnormen des anzuwendenden Rechts bei Alimentenklagen unehelicher Kinder vor den Völkerbund gebracht worden.[2] Während die Kommission ein Eintreten auf den weitreichenden Entwurf Rothschilds abgelehnt habe, habe sie den Entwurf Silbernagels gutgeheißen und an eine Subkommission zur Prüfung und Berichterstattung verwiesen.

Bei den allgemein bekannt gewordenen Arbeitsmethoden des Völkerbundes wird niemanden das spurlose Verschwinden des Entwurfs verwundern. Es bleiben daher nur die von den drei Staaten untereinander abgeschlossenen Verträge zur Betrachtung des Schicksals der Alimentenurteile übrig. Die Besprechung der Verträge beschränkt sich im Rahmen der Arbeit natürlich nur auf die Bestimmungen, die für die Vollstreckung von Alimentenurteilen in Frage kommen.

1) „Vertrag über Rechtsschutz und Rechtshilfe zwischen dem Deutschen Reiche und der Republik Österreich."

Vom 21. Juni 1923.[3]

Die Gründe, die einer Anerkennung (Art. 34) und Vollstreckung entgegenstehen, sind in Art. 25 aufgezählt. Neben Formalitäten in der Einreichung des Zwangsvollstreckungsantrags und formalen Fragen der Zuständigkeit und Zustellung stehen folgende Bestimmungen materieller Art einer Anerkennung und Vollstreckung entgegen:

Art. 25 Abs. 2 Z. 2, der lautet:

„Wenn durch die Vollstreckung ein Rechtsverhältnis wirksam werden soll, dem im Gebiet des Vollstreckungsstaates aus Rücksichten der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit die Gültigkeit, Verfolgbarkeit oder Klagbarkeit versagt ist."

Nach Abs. 3 desselben Artikels soll sie außerdem zugunsten eines inländischen Beteiligten versagt werden:

Z. 1 „Wenn bei der Beurteilung seiner Handlungs- oder Prozeßfähigkeit oder seiner gesetzlichen Vertretung oder bei der Beurteilung eines für den Anspruch maßgebenden familien- oder erbrechtlichen

[1] Schw. JZ. Bd. 22 S. 40 ff.
[2] Schw. JZ. Bd. 22 S. 336.
[3] RGBl. II. 1924 S. 55 ff.

Verhältnisses oder der dafür maßgebenden Feststellung des Todes einer Person zu seinem Nachteil andere als die nach dem Rechte des Vollstreckungsstaates anzuwendenden Gesetze zugrunde gelegt sind."

Diese beiden in Art. 25 Abs. 2 Z. 2 und Abs. 3 Z. 1 festgelegten Fragen werden bei jeder Vollstreckung eines österreichischen Urteils in Deutschland und umgekehrt auftauchen, wie auch der Beschluß des Oberlandesgerichts in München vom 15. Oktober 1927[1] zeigt.

Nehmen wir die letztere Frage zuerst unter die Lupe, so setzt die Anwendung des Art. 25 Abs. 3 Z. 1 voraus, daß für den Unterhaltsanspruch ein familienrechtliches Verhältnis maßgebend gewesen ist, das zum Nachteil des deutschen Beteiligten nach anderen als deutschen Gesetzen entschieden ist. Die Ansichten darüber, ob der Unterhaltsanspruch auf einem familienrechtlichen Verhältnis beruht, gehen auseinander.[2] Hier sei der Fall erwähnt, der dem Oberlandesgericht in München zur Entscheidung vorlag: Der deutsche Kindesvater hatte sich als Vater eines österreichischen unehelichen Kindes in Österreich bekannt und war durch Bemessungsbeschluß zur Leistung von monatlich 25 RM. Unterhalt bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit angehalten worden. Der Vormund des Kindes beantragte bei dem zuständigen bayrischen Amtsgericht, gem. Art. 20 und 21 des Vertrages die Zwangsvollstreckung aus dem Bemessungsbeschluß zu bewilligen. Das Amtsgericht gab dem Antrag statt.

Auf die Beschwerde des Kindesvaters, der geltend machte, daß die Unterhaltspflicht nach deutschem Recht nur bis zum vollendeten 16. Lebensjahr reiche und daher die Vollstreckung gegen ein deutsches Gesetz verstoßen würde, hatte das Landgericht den die Zwangsvollstreckung stattgebenden Beschluß des Amtsgerichts aufgehoben und abgewiesen. Dagegen hat der Vormund des Kindes sofortige Beschwerde erhoben. Neben anderem hat das Oberlandesgericht untersucht, ob Art. 25 Abs. 3 Z. 1 erfüllt sei. Das Oberlandesgericht hat die Frage so gestellt, „ob in dem Verhältnis des unehelichen Kindes zu seinem Vater ein familien- oder erbrechtliches Verhältnis begründet ist."[3]

M. E. muß die Fragestellung anders lauten, nämlich, ob der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes auf einem familienrechtlichen Verhältnis beruht.

Die vom Oberlandesgericht in München gewählte Fragestellung muß bei Ablehnung von verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen Vater und Kind durch das Bürgerliche Recht notwendiger Weise zu einer Verneinung der Frage führen. Zu betrachten sind aber nicht die Be-

---

[1] In der Zeitschrift f. deutschen Zivilprozeß Bd. 54 S. 105 ff. und die Besprechung von Levis.

[2] Dafür: Levis a. a. O. Dagegen: OLG. München, Raape zu Art. 21 L. II.

[3] S. 108 Abs. 2.

ziehungen zwischen Vater und Kind, sondern der Grund für die Unterhaltsleistung, und diesen Grund bildet nach der Konstruktion des Bürgerlichen Rechts (exceptio plurium) die blutsmäßige Abstammung. Die Frage, ob ein Kind von dem als Vater in Anspruch genommenen Beklagten abstammt, ist eine familienrechtliche Frage. Denn verwandtschaftliche und damit familienrechtliche Beziehungen werden durch die Abstammung begründet (§ 1589 BGB.). Die grundsätzliche Frage über die Abstammung ist bei ehelichen und unehelichen Kindern gleich. Erst die Folgen ehelicher oder unehelicher Abstammung gehen auseinander. Wie man sich wohl nicht scheuen wird, die Abstammung eines ehelichen Kindes als eine Frage des Familienrechts anzusprechen, so muß dies auch bei einem unehelichen Kinde gelten.

Übrigens ist die in der Entscheidung des Oberlandesgerichts in München geäußerte Ansicht, daß auch in dem gleichgelagerten österreichischen Recht der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes kein familienrechtlicher Anspruch sei, durch eine noch später eingehend zu würdigende Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 17. 1. 1930[1] widerlegt, wo ein deutsches Alimentenurteil wegen Verstoßes gegen die Bestimmung des Art. 25 Abs. 3 Z. 1 nicht anerkannt wird.

Die familienrechtliche Vorfrage der Abstammung ist in Österreich anders geregelt als in Deutschland. Der deutsche Vater steht sich — Mehrverkehr der Mutter vorausgesetzt — bei der Unterwerfung unter österreichisches Recht schlechter als bei Anwendung deutschen Rechts, denn er muß sich gefallen lassen, vom österreichischen Recht zu Unterhaltsleistungen herangezogen zu werden, obwohl wegen Mehrverkehrs der Mutter Zweifel an der Abstammung des Kindes von ihm bestehen. Die Folge ist, daß nach Art. 25 Abs. 3 Z. 1 des Vertrages ein solches österreichisches Urteil in Deutschland nicht anerkannt und vollstreckt werden kann.

Dagegen steht der Anerkennung eines österreichischen Alimentenurteils gegen einen deutschen Vater, das die exceptio plurium nicht gewährte, Art. 25 Abs. 2 Z. 2 des Vertrages nicht entgegen. Die Vollstreckung eines solchen Urteils würde nicht gegen die öffentliche Ordnung verstoßen, denn die bestehende Rechtsform, die die exceptio plurium gewährt, entspricht nicht mehr der Rechtsanschauung des neuen Deutschland und stört mehr durch sein Dasein als durch sein Fehlen die öffentliche Ordnung.[2]

Nach herrschender Meinung ist Art. 21 Halbs. 2 EGBGB. eine Sonderregelung des in Art. 30 EGBGB. allgemein zum Ausdruck gebrachten ordre public.[3] Art. 21 Halbs. 2 ist also der öffentlichen Ordnung wegen aufgestellt und besagt, daß es der öffentlichen Ordnung

[1] GZ. Bd. 12 Nr. 18.
[2] A.A. OLG. München.
[3] S. 25 der Arbeit.

in Deutschland nicht entspricht, daß gegen einen deutschen Vater weitergehende als nach deutschen Gesetzen begründete Ansprüche geltend gemacht werden. Was Art. 21 Halbs. 2 EGBGB. auf dem Gebiete der Rechtsanwendung besagt, wird nun in Art. 25 Abs. 2 Z. 2 des Vertrages in Bezug auf die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung wiederholt. Danach gehört es ebenso zur öffentlichen Ordnung, daß ausländische Urteile, die deutsche Väter zu weitergehenden Leistungen verurteilen, als nach deutschen Gesetzen begründet ist, nicht anerkannt und vollstreckt werden können. Es liegt m. E. kein Grund vor, letztere Bestimmung anders auszulegen als erstere. Die Meinung des Oberlandesgerichts in München, die Vorschrift des Art. 25 Abs. 2 Z. 2 enger auszulegen, als den allgemeinen ordre public, erscheint nicht gerechtfertigt.[1] Mit Recht weist Raape[2] darauf hin, daß es nur konsequent ist, den deutschen Vater zu schützen, unabhängig davon, ob er im Inland oder im Ausland verklagt wird.

In konsequenter Durchführung dieses Gedankens werden auch österreichische Urteile gegen deutsche Väter, bei denen die exceptio plurium garnicht geltend gemacht worden ist, trotzdem nicht anerkannt werden können, weil die Dauer der Unterhaltsleistungen, die nach österreichischem Recht bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit reicht, gegen Art. 21 Halbs. 2 EGBGB., damit gegen die öffentliche Ordnung und damit gegen Art. 25 Abs. 2 Z. 2 des Vertrages verstößt.

Anders dagegen bei österreichischen Urteilen gegen Ausländer, zu deren Gunsten Art. 21 Halbs. 2 EGBGB. nicht wirkt. Hier erstreckt sich die Wirkung des Art. 25 Abs. 2 Z. 2 des Vertrages ebenso wie Art. 30 EGBGB. auf allgemeine Voraussetzungen. Die Vollstreckung eines österreichischen Urteils gegen einen Ausländer in Deutschland, das die exceptio plurium unberücksichtigt gelassen hat und Leistungen bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes auferlegt, verstößt ebensowenig gegen die öffentliche Ordnung wie die vorbehaltlose Anwendung österreichischen Rechts gegen Ausländer in Deutschland.[3]

Wie schon oben angedeutet wurde, hat auch der österreichische Oberste Gerichtshof sich in der Entscheidung vom 17. 1. 1930[4] auf den Standpunkt gestellt, daß Art. 25 Abs. 3 Z. 1 des Vertrages gegen die Anerkennung eines deutschen Urteils gegen einen Österreicher spreche, das die Einrede der mehreren Beischläfer zugelassen habe. In dem dort zur Entscheidung stehenden Falle waren sämtliche Beteiligte österreichische Staatsangehörige. Weil sich das angerufene österreichische Gericht für die Vaterschaftsklage nicht zuständig hielt, wurde diese vor

---

[1] Gegen diese enge Auslegung auch Nußbaum S. 66 Anm. 3, Raape zu Art. 21 L. II.
[2] Zu Art. 21 EGBGB unter L. I (S. 541).
[3] S. 60/61 der Arbeit.
[4] SZ. Bd. 12 Nr. 18.

dem Amtsgericht in Passau erhoben und dort wegen Mehrverkehrs abgewiesen. Einer neuerlichen Geltendmachung der Klage in Österreich steht nach Ansicht des österreichischen Obersten Gerichtshofes nicht die Einrede der entschiedenen Sache entgegen, weil das deutsche Urteil nach Art. 25 Abs. 3 Z. 1 und Art. 34 und 35 des Vertrages nicht anerkannt werden könne. Denn ausländischen Exekutionstiteln, die den Personenstand eines österreichischen Staatsangehörigen beträfen und gegen ihn vollzogen werden sollten, sei die Bewilligung der Exekution zu versagen. Es könnten also Urteile deutscher Gerichte, die die Vaterschaft zu einem unehelichen Kind, das österreichischer Bundesbürger sei, beträfen, in Österreich nicht anerkannt und Urteile, die dem Vater die Unterhaltsleistung auftrügen, dann nicht vollzogen werden, wenn, wie im vorliegenden Falle, die Vaterschaftsfrage nicht nach österreichischem Recht beurteilt worden sei. Das gelte sowohl für verurteilende, wie auch für abweisende Erkenntnisse.

Richtet sich das Urteil aber nicht gegen Österreicher, so wird der Anerkennung und Vollstreckung in Österreich nichts entgegenstehen, auch nicht die Bestimmung des Art. 25 Abs. 2 Z. 2 des Vertrages.

Auch die anderweitige Regelung der Unterhaltsdauer nach deutschem Recht steht der Vollstreckung nach einer Entscheidung des österreichischen Obersten Gerichtshofes vom 4. 10. 1932[1] nicht entgegen. In der Entscheidung kommt vielmehr zum Ausdruck, daß beide Gesetze — das deutsche und das österreichische — denselben Gedanken verfolgten, den Kindesvater zu Unterhaltsleistungen bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes anzuhalten. Wenn das deutsche Gesetz diesen Zeitpunkt mit Vollendung des 16. Lebensjahres eintreten lasse, so könne das zwar manchmal hart sein, gebe dem Kinde aber die Möglichkeit, die zu erwartenden Leistungen von vornherein zu überblicken und seine Berufswahl danach einzurichten. Weitere Hindernisse als Art. 25 Abs. 3 Z. 1 des Vertrages stehen der Vollstreckung eines deutschen Alimentenurteils in Österreich also nicht entgegen.

[1] GZ. Bd. 14 Nr. 191.

2) „Abkommen zwischen dem Deutschen Reich und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen."

Vom 2. 11. 1929[1].

Ganz allgemein bestimmt Art. 1 des Abkommens, daß die im Prozeßverfahren über vermögensrechtliche Ansprüche ergangenen rechtskräftigen Entscheidungen der bürgerlichen Gerichte des einen Staates ohne Unterschied ihrer Benennung und ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit der beteiligten Parteien im Gebiet des anderen Staates anerkannt werden, wenn für den entscheidenden Staat eine Zuständigkeit nach Art. 2 bestand und nicht der Vollstreckungsstaat ausschließlich zuständig war.

Mit Rücksicht auf Art. 59 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft[2], nach dem der „aufrechtstehende" Schuldner, der in der Schweiz festen Wohnsitz hat, für „persönliche Ansprachen" vor dem Richter seines Wohnortes „gesucht" werden muß, ist Art. 2 des Abkommens aufgestellt. Art. 2 bestimmt, daß die Zuständigkeit des entscheidenden Gerichts begründet sein soll, wenn der Beklagte zur Zeit der Klageerhebung oder Entscheidung seinen Wohnsitz im Entscheidungsstaat hatte, oder sich durch ausdrückliche Vereinbarung oder vorbehaltlose Einlassung der Zuständigkeit des Gerichts unterworfen hat oder wenn er am Orte seiner geschäftlichen Niederlassung für Ansprüche aus dieser Niederlassung belangt ist oder eine Widerklage in Frage steht.

Übereinstimmend mit dem eben besprochenen deutsch-österreichischen Vertrage bringt Art. 4 des Abkommens in Abs. 1 die Bestimmung, daß die Anerkennung zu versagen ist, wenn durch die Entscheidung ein Rechtsverhältnis wirksam werden soll, dem im Gebiete des Staates, wo die Entscheidung geltend gemacht wird, aus Rücksichten der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit die Gültigkeit, Verfolgbarkeit oder Klagbarkeit versagt ist.

Abs. 2 des Art. 4 bestimmt, daß die Anerkennung ferner zugunsten eines inländischen Beteiligten zu versagen ist, wenn bei Beurteilung seiner Handlungsfähigkeit oder seiner gesetzlichen Vertretung oder bei der Beurteilung eines für den Anspruch maßgebenden familien- oder erbrechtlichen Verhältnisses oder der dafür maßgebenden Feststellung des Todes einer Person zu seinem Nachteil andere als die nach dem Rechte des Staates, wo die Entscheidung geltend gemacht wird, anzuwendenden Gesetze zugrunde gelegt sind.

---

[1] RGBl. II. 1930 S. 1065 ff.

[2] Bei Fleiner „Schweizerisches Bundesrecht" 1923 S. 777.

Mit dem Eintritt der Wirkung dieser letztangeführten Vorschriften ist bei Vorliegen deutschen oder schweizerischen Rechts nicht zu rechnen, da beide Rechte in ihren Voraussetzungen und ihrem Umfang gleichgerichtet sind und die Anwendung des ordre public oder der Bestimmung des Art. 4 Abs. 2 des Abkommens nicht herausfordern.

Anders dagegen, wenn ein in Deutschland unter Anwendung österreichischen Rechts gegen einen Schweizer gefälltes Urteil in der Schweiz vollstreckt werden soll, in dem die Geltendmachung der exceptio plurium zurückgewiesen ist, und der Schweizer zur Unterhaltsleistung bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes verurteilt worden ist. Die schweizerischen Gerichte werden in diesem Falle vermutlich die Anerkennung versagen und zwar aus Art. 4 Abs. 1 und 2 des Abkommens. Aus Abs. 2, weil die Unterhaltsklage nach schweizerischer Auffassung eine familienrechtliche Leistungsklage ist, die auf der Abstammung beruht, ebenso wie im deutschen Recht. Es liegt dann derselbe Fall vor, der unter 1) in diesem Abschnitt[1] bei der Verurteilung des deutschen Vaters nach österreichischem Recht geschildert war.

Außerdem findet Art. 4 Abs. 1 Anwendung. Wie schon bei der Darstellung des schweizerischen internationalen Privatrechts geschildert, herrscht in der Schweiz die Anschauung, daß Art. 314 Abs. 2 ZGB., unter den auch die exceptio plurium fällt, der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit wegen aufgestellt worden ist. Ein Urteil, das diese Einrede nicht gewährt hat, ist daher auch nach Art. 4 Abs. 1 nicht anzuerkennen. Dies wohl auch dann, wenn es sich nicht um einen schweizerischen Beklagten handeln würde.[2]

Wie schon bei der Darstellung der einzelnen Kollisionsfälle erwähnt, verstößt die Verurteilung zu Unterhaltsleistungen bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes nach schweizerischer Rechtsauffassung nicht gegen den ordre public und fällt somit auch nicht unter Art. 4 Abs. 1 des Abkommens.

In dem Falle, daß ein schweizerisches Urteil österreichisches Recht anwendete und in Deutschland vollstreckt werden soll, ergeben sich aus der Gleichheit der dafür maßgebenden Bestimmungen in beiden Verträgen die gleichen Fälle wie unter 1) in diesem Abschnitt. Auf das dort Ausgeführte kann daher verwiesen werden.

---

[1] S. 70 ff. der Arbeit.
[2] Siehe S. 58 der Arbeit

3) „Vertrag zwischen der Schweiz und Österreich über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen".

Vom 15. 3. 1927[1].

Nach Art. 1 werden die in einem der beiden Staaten gefällten gerichtlichen Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen in dem anderen Staate unter folgenden Voraussetzungen anerkannt:

Z. 1, daß die Grundsätze über die zwischenstaatliche Zuständigkeit der Gerichte, die in dem anerkennenden Staate bestehen, die Gerichtsbarkeit des anderen Staates nicht ausschließen;

Z. 2, daß die Anerkennung der Entscheidung nicht gegen die öffentliche Ordnung des Staates verstößt, wo die Entscheidung geltend gemacht wird, insbesondere daß ihr nicht nach dem Rechte dieses Staates die Einrede der entschiedenen Sache entgegensteht;

Z. 3, daß die Entscheidung rechtskräftig ist und

Z. 4, daß im Falle eines Versäumnisurteils rechtzeitig geladen wurde.

In Art. 2 werden sodann dieselben Zuständigkeitsvoraussetzungen aufgestellt, die wir mit Rücksicht auf Art. 59 der Bundesverfassung der Schweizer Eidgenossenschaft auch in dem deutsch-schweizerischen Vertrage aufgenommen sahen.

Auffällig ist das Fehlen einer Bestimmung wie Art. 25 Abs. 3 Z. 1 des deutsch-österreichischen Vertrages und Art. 4 Abs. 2 des deutsch-schweizerischen Abkommens zugunsten inländischer Beteiligter. Dafür hat die Bestimmung Art. 1 Z. 1 des österreichischen-schweizerischen Vertrages in den beiden erstgenannten Verträgen kein Beispiel.

Diese Bestimmung ist aber eine reine Zuständigkeitsvorschrift, deren Erörterung über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen würde.

Soll ein österreichisches Urteil, das österreichisches Recht unter Ausschluß der exceptio plurium angewandt hat, in der Schweiz vollstreckt werden, so wird einer Anerkennung dieses Urteils die Bestimmung des Art. 1 Z. 2 entgegenstehen. Dies deshalb, weil, wie im Laufe dieser Arbeit schon häufig erwähnt worden ist, die Schweiz die Möglichkeit der Erhebung der Einrede der mehreren Beischläfer als eine die öffentliche Ordnung schützende Bestimmung ansieht, auf die es keinen Verzicht gibt. Im übrigen wird ein österreichisches Urteil in der Schweiz vollstreckt werden können, da andere Bestimmungen des österreichischen Rechts nicht so geartet sind, daß sie die öffentliche Ordnung in der Schweiz stören könnten.

Ein in der Schweiz gegen einen Österreicher gefälltes Urteil, das unter Stattgabe der exceptio plurium den Anspruch abgewiesen hat, wird in Österreich nicht anerkannt werden.

---

[1] Bei Stauffer „Die Verträge der Schweiz . . . " im Anhang S. 81 ff.

In der bei der Behandlung des deutsch-österreichischen Vertrages zitierten Entscheidung des Obersten Gerichtshofes[1] war ein solches Urteil nicht anerkannt worden, weil der Österreicher bei der Beurteilung des maßgebenden familienrechtlichen Verhältnisses schlechter als nach österreichischem Recht behandelt worden war.

Da eine solche Bestimmung im vorliegenden Vertrage nicht vorgesehen ist, ist zu fragen, ob die Anerkennung wegen Verstoßes gegen Art. 1 Z. 2 zu versagen ist. Das ist m. E. zu bejahen, da die Nichtanerkennung der exceptio plurium eine grundlegende Regelung des Unehelichenrechts in Österreich ist. Dies wird aber nur gelten, soweit ein Österreicher an dem Rechtsstreit beteiligt ist, während man eine Verletzung des ordre public dann nicht annehmen kann, wenn nur Ausländer am Rechtsstreit beteiligt sind. Dies ergibt sich aus der auch in Österreich geübten engen Auslegung der Vorbehaltsklausel.

Die Verurteilung des Beklagten zu Unterhaltsbeiträgen auf die Dauer von 18 Jahren steht der Anerkennung in Österreich nicht entgegen.[2] Auch im übrigen ist einem schweizerischen Urteil in Österreich die Anerkennung nicht zu versagen.

---

[1] S. 74 der Arbeit, SZ. Bd. 14 Nr. 191.
[2] S. 74 der Arbeit.

Lebenslauf.

Ich, Erich Wagner, wurde am 14. Januar 1907 als Sohn des Kaufmanns Ernst Wagner und seiner Ehefrau Minna, geb. Teupel, in Aschersleben geboren. Nach dem Besuch der Grundschule in Helmstedt i. Braunschweig absolvierte ich das dortige humanistische Gymnasium und bestand 1927 die Reifeprüfung. Hierauf studierte ich in Tübingen, Genf sowie in Berlin Rechts- und Staatswissenschaften und legte am 12. August 1932 am Kammergericht in Berlin das Referendarexamen ab. Den Vorbereitungsdienst leistete ich in Hechingen und vorwiegend in Berlin ab, woselbst ich mich am 28. Februar 1936 der großen juristischen Staatsprüfung mit Erfolg unterzog. Seit Fertigstellung der vorliegenden Dissertation bin ich in Berlin in einem größeren Wirtschaftsunternehmen tätig.